

Das Wesen des Umgangsrechts (§ 1634 BGB)
Zugleich ein Beitrag zur Grundlage des
Eltern-Kind-Verhältnisses

DISSERTATION

zur Erlangung der Doktorwürde

der Rechtswissenschaftlichen Fakultät

der

Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg im Breisgau

vorgelegt von

Hans-Peter Simon

Stuttgart 1978

Das Wesen des Umgangsrechts (§ 1634 BGB)
Zugleich ein Beitrag zur Grundlage des
Eltern-Kind-Verhältnisses

DISSERTATION

zur Erlangung der Doktorwürde
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der

Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg im Breisgau



vorgelegt von
Hans-Peter Simon

Stuttgart 1978



Dekan:

Erstberichterstatter:

Zweitberichterstatter:

Tag der mündlichen Prüfung:

Prof. Dr. Rudolf Schmitt

Prof. Dr. Helmut Engler

Prof. Dr. Götz von Craushaar

28. Juni 1978

III

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Abkürzungsverzeichnis	IX
<u>1. Kapitel:</u> Ursprung und Entwicklung der Auffassungen vom Wesen des Umgangsrechts	1
I. Die Auffassungen vom Wesen des Umgangsrechts	1
1. Die Lehre vom Restbestandteil	1
2. Die Lehre vom natürlichen Elternrecht	2
II. Die historische Entwicklung der Auffassungen	11
1. RG und KG im Widerstreit	11
2. Jüngere Parallelen zur Auffassung des KG im Adoptionsrecht	20
III. Methodologische Würdigung der Auffassungen	21
1. Einleitung	21
2. Die Auffassung des KG	23
3. Die Auffassung des RG	26
IV. Die Auffassungen unter Berücksichtigung der Gesetzesänderungen	33
<u>2. Kapitel:</u> Die Lehre vom Restbestandteil in der Gegenwart	36
I. Der Einfluß der gesetzlichen Änderung auf die Beurteilung der Lehre vom Restbestandteil	36
II. Die heutige Begründung der Lehre vom Restbestandteil	43
1. Der Standort im Gesetz	43
2. Der Wortlaut des Gesetzes	45
3. Der Übergang vom Sorgerecht zum Umgangsrecht	49
4. Parallelen zu Bestimmungen des Sorgerechts	52
a. Ausschluß des Umgangsrechts als Fortsetzung des § 1666	56
b. Entscheidung des Familien- bzw. des Vormundschaftsgerichts im Elternstreit	58
5. Beschränkung des Sorgerechts und Betreuung des Kindes	60
6. Zugang zu Abwehrformen der elterlichen Sorge	63
a. Schadensersatzansprüche	65
b. Entscheidung über den Herausgabeanspruch	66
c. Strafrechtlicher Schutz	69
7. Unterschiedliche Rechtsgedanken im Umgangsrecht und Sorgerecht	70
<u>3. Kapitel:</u> Die Lehre vom natürlichen Elternrecht	78
I. Die Bedeutung der Lehre vom natürlichen Elternrecht in der Rechtsentwicklung	78

1. Die Blutsbeziehung als Grundlage des Verbots, die über das Umgangsrecht bestehende personale Verbindung zu lösen	79
2. Die Blutsbeziehung als Grundlage der Regelung, die das Umgangsrecht des Eltern- teils nach jedem Verlust der Personensorge gewährleistet	84
3. Die Berücksichtigung des Kindeswillens und damit des Persönlichkeitsrechts des Kindes	87
II. Die gegenwärtige Bedeutung der Lehre vom natür- lichen Elternrecht	93
1. Strenge Anforderungen an einen Eingriff in das Umgangsrecht	93
2. Das Elternrecht setzt sich gegen das Kindes- recht durch	96
3. Die Gleichrangigkeit des Umgangsrechts mit dem Sorgerecht	96
4. Der Rückzug der Lehre vom natürlichen Eltern- recht	98
<u>4. Kapitel:</u> Neubegründung des Umgangsrechts in Auseinander- setzung mit der Lehre vom natürlichen Eltern- recht	100
I. Erörterung der Lehre vom natürlichen Eltern- recht: Hat das Umgangsrecht seine Grundlage im engsten natürlichen Verwandtschaftsverhält- nis ?	100
1. Der Begriff der Grundlage des Umgangsrechts	100
2. Ist die gesetzliche Wertung richtig erkannt?	102
3. Sozialer Ansatz als Arbeitshypothese	104
4. Der umgangsberechtigte Personenkreis aus der Sicht der Arbeitshypothese	105
5. Zur Kritik an der geschilderten Auffassung	106
II. Grundsätzliche Erörterung des sozialen An- satzes: Die genetischen Eltern als umgangs- berechtigte Personen	107
1. Der Einfluß des zeitlichen Ablaufs des Eltern-Kind-Verhältnisses auf das Eltern- recht generell	108
2. Der Einfluß des zeitlichen Ablaufs des Eltern-Kind-Verhältnisses auf das Umgangs- recht	110
3. Thesen zur Entstehung des Elternrechts	114
a. Das bei der Geburt des Kindes entstehende Elternrecht	114
b. Das nach der Geburt des Kindes ent- stehende Elternrecht	115
4. Das Sorgerecht der ehelichen Eltern und der nichtehelichen Mutter	116
5. Das Umgangsrecht der ehelichen Eltern	122

III.	Folgerungen aus dem Sinn des Umgangsrechts: Die innere Verbindung von Elternteil und Kind als konstitutives Element des Umgangs- rechts	124
	1. Der Sinn des Umgangsrechts	124
	2. Bestätigung der Familiensoziologie	126
IV.	Erörterung der Kritik	127
	1. Ist das Umgangsrecht ein Ausdruck der "unentrinnbaren genetischen Bindung" des Kindes an die Eltern ?	127
	2. Bedeutet das Umgangsrecht eine Anerkennung der Sinnerfüllung, die Eltern in ihren Kindern finden können ?	130
	3. Ist die Identifikation der Eltern mit dem Kind von eigener Pflege und Erziehung ab- hängig ?	131
	a. Das Gesetz entscheidet über die recht- liche Anerkennung eines Lebenstatbestandes	132
	b. Die unterschiedliche Bedeutung der Bluts- beziehung bei Mutter und Vater	133
	aa. Die Bedeutung der Blutsbeziehung bei der Mutter	134
	bb. Die Bedeutung der Blutsbeziehung beim Vater	135
	4. Der Tatbestand der Bindung des Kindes an die Eltern	139
	a. Unverzichtbarkeit der gegenseitigen Bindung	139
	b. Die Bindung des Kindes an die Eltern und der zugrundeliegende Sachverhalt	144
	5. Die Bedeutung der genetischen Elternschaft für das Kind	149
	a. Die genetische Elternschaft aus der Sicht des jüngeren Kindes	149
	b. Die genetische Elternschaft aus der Sicht des Jugendlichen	150
	6. Folgerungen aus der Bindung des Kindes an die Eltern	151
	a. Die Person ist umgangsberechtigt, an die sich das Kind typischerweise am engsten gebunden hat	152
	b. Die Person ist umgangsberechtigt, die sich an das Kind typischerweise am engsten gebunden hat	152
	c. Berücksichtigung der maßgeblichen Bedeu- tung der persönlichen Betreuung für die Bindung des Elternteils an das Kind	155
	7. Zusammenfassung und Erläuterung des Tatbe- stands der Sorgerechtsverteilung	157
V.	Das Umgangsrecht im Anschluß an den Sorge- rechtsverlust der Eltern nach den §§ 1666, 1676, 1674, 1738	158

	Seite
<u>5. Kapitel:</u> Ist das Umgangsrecht ein naturrechtlich fundiertes Elternrecht ?	166
I. Das heutige Verständnis des Naturrechts	166
II. Ist das Umgangsrecht ein absolutes Naturrecht ?	168
1. Der Inhalt des absoluten naturrechtlichen Elternrechts	169
2. Der Inhalt des Umgangsrechts im Vergleich	171
3. Der Verlust des naturrechtlichen Elternrechts	173
III. Ist das Umgangsrecht ein relatives Naturrecht ?	174
1. Das Umgangsrecht im Anschluß an den Sorgerechtsverlust der Eltern nach den §§ 1666, 1676, 1738, 1765 i.d.F. vor dem NichtehelG	177
2. Das Umgangsrecht nach der Neuverteilung der elterlichen Sorge anlässlich der Ehescheidung/Ehetrennung	184
IV. Ist das Umgangsrecht ein institutionelles Naturrecht ?	189
1. Institutionelles Naturrecht und Natur der Sache	189
2. Empirische Daten über das Umgangsrecht	195
3. "Bereinigte" Daten über das Umgangsrecht	199
<u>6. Kapitel:</u> Zum Sinn der "Wesens"forschung in bezug auf das Umgangsrecht - Eine Auseinandersetzung mit der Kritik	207
I. Ist der Streit um das Wesen des Umgangsrechts "müßig" oder "unfruchtbar und eher störend" ?	207
II. Sind die methodischen Bedenken begründet ?	212
1. Ist die Lehre vom natürlichen Elternrecht methodisch richtig ?	212
2. Ist die hier vertretene Auffassung methodisch korrekt ?	214
III. Inwiefern ist der Streit um das Wesen des Umgangsrechts bedeutsam ?	218
1. Die Begründungsfunktion der Theorien	218
2. Die Hilfe der Theorien bei der Entscheidung praktischer Fälle	220
a. Ist die Einstellung des Kindes zu berücksichtigen ?	220
b. Kann das Umgangsrecht dem Elternteil verlorengehen ?	226
3. Pragmatisches Denken statt Grundsatzlichkeitsdenken ?	235

<u>7. Kapitel:</u>	Die gesellschaftliche Basis der Auffassungen zum Wesen des Umgangsrechts und des Eltern-Kind-Verhältnisses	237
I.	Der Wandel des gesellschaftlichen Wertesystems und sein Einfluß auf die gesetzliche Norm	237
	1. Der funktionale Zusammenhang von Werten und Normen	237
	2. Die Werte im Eltern-Kind-Verhältnis: genetische, soziale, emotionale Elternschaft	238
	3. Die Änderung der Rangordnung der Werte im Eltern-Kind-Verhältnis	241
	a. Die emotionale Elternschaft als oberster Wert	241
	b. Das Verhältnis der nachrangigen Werte genetische und soziale Elternschaft zueinander	244
	4. Diskussion der Kritik	245
	5. Die Wirklichkeit der Familie aus der Sicht der Soziologie	248
II.	Die Grundlage des Wertesystems der herrschenden Auffassung	250
	1. Ursprung des Wertesystems im Nationalsozialismus ?	250
	2. These: Ursprung des Wertesystems in den sozialen Gegebenheiten einer vergangenen Zeit	251
III.	Die soziale Basis des Werts der Blutsbeziehung: Die Familie in der vergangenen Gesellschaft	254
	1. Die Familie der Oberschicht	255
	2. Die Familie des Bürgertums	261
	3. Die proletarische Familie	264
IV.	Die geistige Basis des Werts der Blutsbeziehung	267
	1. Der Einfluß der evangelischen Kirche	268
	2. Der Einfluß der katholischen Kirche	268
	3. Der Einfluß des Naturalismus	269
V.	Die soziale Grundlage des nunmehr obersten Werts der emotionalen Elternschaft: Die heutige Familie	270
	1. Die heutige Ehe	272
	a. Eingehung der Ehe	273
	b. Inhalt der Ehe	276
	c. Beendigung der Ehe	283
	2. Das heutige Eltern-Kind-Verhältnis	285
	3. Das Ehe- und das Eltern-Kind-Verhältnis im Vergleich	292
	a. Das Zustandekommen des Ehe- und des Eltern-Kind-Verhältnisses	292
	b. Der Inhalt des Ehe- und des Eltern-Kind-Verhältnisses	294
	c. Die Beendigung des Ehe- und des Eltern-Kind-Verhältnisses	294

VIII

	Seite
4. Das Recht als konstitutives Merkmal des Ehe- und des Eltern-Kind-Verhältnisses	295
VI. Die geistig-sozialen Grundlagen des Wandels der Werte	296
1. Ursachen des Rangverlustes der genetischen Elternschaft	296
2. Ursachen des Aufstiegs der emotionalen Elternschaft	300
3. Ursachen des Ranggewinns der sozialen Elternschaft	305
VII. Diskussion der Kritik	310
VIII. Rechtspolitische Folgerungen aus dem Wandel des Wertesystems	318
Literaturverzeichnis	321
Lebenslauf	336

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.F.	alte Fassung
ALR	(preußisches) Allgemeines Landrecht von 1794
ARSPH	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
ARWPh	Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie
BayerVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BB	Der Betriebsberater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
DB	Der Betrieb
DJ	Deutsche Justiz
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
EheG	Ehegesetz
FamRÄndG	Familienrechtsänderungsgesetz
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FGB	Familiengesetzbuch
FGG	Gesetz über die Angelegenheit der frei- willigen Gerichtsbarkeit
GG	Grundgesetz
GleichberG	Gleichberechtigungsgesetz
GruchBeitr	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
JFG	Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grund- buchrechts
JR	Juristische Rundschau
JurBl	Juristische Blätter
JW	Juristische Wochenschrift

JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Kosten-, Stempel- und Strafsachen
KZfS	Kölner Zeitschrift für Soziologie
LG	Landgericht
NEG, NichteheLG	Nichtehelichengesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OAG	Oberamtsgericht
OLG	Oberlandesgericht (auch: Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechts)
OVG	Oberverwaltungsgericht
RdJ, RdJB	Recht der Jugend, Recht der Jugend und des Bildungswesens
RegE	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivil- sachen
RJA	Entscheidungen in Angelegenheiten der frei- willigen Gerichtsbarkeit, zusammengestellt im Reichsjustizamt
RuG	Recht und Gesellschaft
SächsArch	Sächsisches Archiv für Rechtspflege
SeuffArch	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SeuffBl	Seufferts Blätter für Rechtsanwendung
StAZ	Das Standesamt (Zeitschrift für Standesamts- wesen)
StuW	Steuer und Wirtschaft
VerwRspr	Verwaltungsrechtsprechung
VormG, VG	Vormundschaftsgericht
WPKG	Wissenschaft und Praxis in Kirche und Ge- sellschaft
ZBlFG	Zentralblatt für freiwillige Gerichtbarkeit, Notariat und Zwangsversteigerung
ZBlJugR	Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohl- fahrt
ZEE	Zeitschrift für evangelische Ethik
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZvglRW	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissen- schaft
ZVW	Zeitschrift für Vormundschaftswesen

Das Wesen des Umgangsrechts (§ 1634 BGB). Zugleich ein Beitrag zur Grundlage des Eltern-Kind-Verhältnisses

1. Kapitel: Ursprung und Entwicklung der Auffassungen vom Wesen des Umgangsrechts

I. Die Auffassungen vom Wesen des Umgangsrechts

Das Wesen¹⁾ des Umgangsrechts ist umstritten. Die herrschende Meinung sieht es als Ausfluß des natürlichen Elternrechts²⁾ an. Andere hingegen betrachten es als einen Restbestandteil des Personensorgerechts³⁾. Wir wollen zunächst klären, was die Auffassungen im einzelnen besagen, danach untersuchen, woher sie - historisch gesehen - rühren.

1. Die Lehre vom Restbestandteil

Die Lehre vom Restbestandteil ist in ihrer Aussage eindeutig: Das Umgangsrecht ist ein verbliebener Rest der vom Elternteil ehemals innegehabten Personensorge (§§ 1626, 1631), welche das Recht, mit dem Kinde persönlich zu verkehren, als selbstverständlichen Bestandteil mitumfaßte. Diese Ansicht wurde ehe-

-
- 1) Vom Wesen des Umgangsrechts sprechen Staudinger-Schwoerer, § 1634 Rz. 2; Erman-Ronke, § 1634 Anm. 1a; Dölle, Familienrecht, § 98 I 1. Andere sprechen von der Rechtsnatur (Soergel-Siebert-Lange, § 1634 Rz. 2), von der rechtlichen Natur (Staudinger-Keidel, 9. Aufl., § 1636 Anm. 4), von der Deutung des Umgangsrechts (Gernhuber, Lehrbuch, § 53 III 1; Palandt-Diederichsen, § 1634 Anm. 1). Wieder andere erklären, als was sich das Umgangsrecht darstellt (BGB-RGRK (Sayn), 8. Aufl., § 1636 Anm. 1), woraus es sich ergibt (Beitzke, Familienrecht, § 27 VI), woraus es fließt (Ausfluß des natürlichen Elternrechts: Lehmann-Henrich, Familienrecht, § 25 C II 3; vgl. auch Henrich, Familienrecht, § 18 IV).
 - 2) Beitzke, a.a.O., § 27 VI; Dölle, a.a.O., § 98 I 1; Engler, FamRZ 1969, 65; Erman-Ronke, § 1634 Anm. 1a; Krüger-Breetzke-Nowack, GleichberG, Einl. Nr. 229; Palandt-Lauterbach, 31. Aufl., § 1634 Anm. 1; Soergel-Siebert-Lange, § 1634 Rz. 2; Staudinger-Donau, § 1626 Rz. 42; Staudinger-Engler, § 1757 Rz. 29; Staudinger-Schwoerer, § 1634 Rz. 4; BGHZ 51, 219 (221); 42, 364 (370); OLG Frankfurt (M), FamRZ 1968, 661 (662) u.a.
 - 3) Gernhuber, a.a.O., § 53 III 1; Staudinger-Göppinger, Rz. 37 vor § 1666; W. Becker, FamRZ 1971, 589; Giesen, NJW 1972, 227; Horstmann, Zum Problem der personenrechtl. Beziehungen, S. 124; wohl auch Henrich, a.a.O., § 18 VI 1.

mals vom Reichsgericht vertreten⁴⁾.

2. Die Lehre vom natürlichen Elternrecht

Die Aussage der Lehre vom natürlichen Elternrecht ist weniger sicher zu bestimmen. Zunächst formulieren die einzelnen Vertreter die Auffassung unterschiedlich. Möglicherweise gehen damit Differenzierungen in der Sache einher. Außerdem ist die Frage nach der historischen Wurzel dieser Ansicht ungeklärt. Schwoerer⁵⁾ spricht von einer "Rückkehr zur Auffassung des Kammergerichts", Dölle⁶⁾ bezeichnet die vormalige Ansicht als eine, die seiner eigenen "nahe kommt", während Gernhuber⁷⁾ neben der von ihm vertretenen Auffassung vom Restbestandteil noch zwei weitere Meinungen zur Rechtsnatur des Umgangsrechts aufführt und damit zwischen der Ansicht des Kammergerichts (Umgangsrecht ist Ausfluß der Blutsverwandtschaft) und der heute herrschenden Auffassung (Umgangsrecht als Ausfluß des natürlichen Elternrechts) differenziert.

Wir wollen zunächst versuchen, die heute innerhalb der herrschenden Meinung vertretenen Auffassungen zu sichten und zu interpretieren. Im folgenden werden wir dann den Ursprüngen der beiden heutigen Lehren nachgehen. Danach werden wir über die Frage Aufschluß geben können, wie es um die historische Kontinuität der herrschenden Ansicht bestellt ist.

Innerhalb der herrschenden Meinung wird die eigene Auffassung am ausführlichsten von Schwoerer erläutert. Nach ihm ist das Umgangsrecht "ein dem engen Verwandtschaftsverhältnis entfließendes natürliches Recht der Eltern"⁸⁾. Unter dem engen Verwandtschaftsverhältnis versteht Schwoerer - wie aus seinen weiteren literarischen Äußerungen zu entnehmen ist - die nächste Blutsverwandtschaft⁹⁾.

4) Vgl. z.B. RGZ 153, 238 (242).

5) Staudinger-Schwoerer, § 1634 Rz. 4.

6) Dölle, a.a.O., § 98 I 1.

7) Gernhuber, a.a.O., § 53 III 1.

8) Staudinger-Schwoerer, § 1634 Rz. 4.

9) Vgl. Schwoerer, NJW 1964, 7: "Es entspringt der engstmöglichen Blutsverwandtschaft..."; Schwoerer, FamRZ 1969, 369: "...das der Blutsverwandtschaft entspringende natürliche Recht des nicht sorgeberechtigten Elternteils, mit seinen Kindern persönlich zu verkehren", oder auch (auf derselben Seite), "...kann doch kein Zweifel daran bestehen, daß Gegenstand des Schutzes das auf der nächsten Blutsverwandtschaft beruhende natürliche Elternrecht ist".

Schwoerer beantwortet damit die Frage nach dem Wesen des Umgangsrechts deutlich nach zwei Richtungen hin: Er gibt Aufschluß über den Ursprung des Umgangsrechts - es entspringt der engen Blutsverwandtschaft zwischen dem Elternteil und dem Kind - und gibt außerdem Antwort auf die Frage nach der Rechtsqualität - es ist ein natürliches Elternrecht. Diese klare Trennung zwischen Grundlage und Rechtsqualität, die insgesamt die Aussage eindeutig macht, ist auch bei Engler zu finden. Auch nach ihm ist das Umgangsrecht "ein aus dem engen Verwandtschaftsverhältnis fließendes natürliches Recht der Eltern"¹⁰⁾.

Andere Verfasser sind weniger deutlich. So schreibt Dölle, daß das Umgangsrecht weder ein Bestandteil der elterlichen Gewalt sei, "noch ein Ausfluß der Blutsverwandtschaft als solcher", da es nicht jeder, der mit dem Kinde verwandt sei, in Anspruch nehmen könne. Nach ihm entspringt die Befugnis vielmehr "dem vom Grundgesetz anerkannten natürlichen Recht der Eltern gegenüber ihren Kindern, Art 6 II GG"¹¹⁾. In ähnlicher Weise äußert sich Beitzke: "Das Verkehrsrecht ergibt sich nicht schon aus der Blutsverwandtschaft (z.B. also nicht für Großeltern), sondern ist Bestandteil des natürlichen Elternrechts (GG A. 6) und daher von der Erziehungsgewalt unabhängig."¹²⁾ Obwohl diese Gelehrten somit die Blutsverwandtschaft als Grundlage des Umgangsrechts ablehnen, wird man in ihren Ansichten keinen Gegensatz zu den vorher genannten von Schworer und Engler sehen können. Denn Dölle wendet sich allein gegen die Blutsverwandtschaft "als solche" und auch Beitzke verneint nur - wie aus dem Beispiel der Großeltern hervorgeht - die weitere Blutsverwandtschaft als Basis des Umgangsrechts. Die engste oder nächste Blutsverwandtschaft zwischen Eltern und Kindern soll davon unberührt bleiben.

Diese Interpretation ist auch deshalb gesichert, weil es bezüglich der Frage nach der Rechtsqualität des Umgangsrechts bei Dölle und Beitzke keine Verständnisschwierigkeiten gibt. Beide Verfasser

10) Engler, FamRZ 1969, 65. Vgl. auch Staudinger-Engler, § 1757 Rz. 29: "Ein Ehegatte, der nicht mit dem Kinde blutsverwandt ist, kann sich zwar nicht auf das natürliche Elternrecht berufen, das die Grundlage des Verkehrsrechts bildet..."

11) Dölle, a.a.O., § 98 I 1.

12) Beitzke, a.a.O., § 27 VI.

billigen dem Umgangsrecht Naturrechtsqualität zu. Hierfür spricht in den weiteren - hier nicht zitierten - Ausführungen von Dölle die Bemerkung, das Umgangsrecht werde in § 1634 "nicht konstituiert, sondern lediglich deklariert"¹³⁾ und in den Darlegungen beider Autoren der Hinweis auf Art. 6 GG. Mit dieser Bezugnahme auf das Grundgesetz befinden sich Beitzke und Dölle in Übereinstimmung mit einer Reihe anderer Autoren¹⁴⁾. Gewiß sprechen diese damit nicht nur den Grundrechtsschutz an, der im Zusammenhang mit der Erörterung der Rechtsnatur des Umgangsrechts unerheblich ist. Vielmehr ist sicher, daß damit auf einen naturrechtlichen Inhalt der Verfassungsbestimmung Bezug genommen wird. Denn nahezu alle genannten Verfasser folgen der sog. Substanztheorie. Diese Theorie geht davon aus, daß dem Grundgesetz ein naturrechtliches Elternrechtsverständnis zugrunde liegt¹⁵⁾. Das wird insbesondere aus der Art und Weise gefolgert, wie Art. 6 GG gefaßt worden ist. Von einem natürlichen Recht spreche das Grundgesetz sonst an keiner Stelle. Außerdem wache die staatliche Gemeinschaft nur über die "Betätigung" der Eltern, nur die "Ausübung" des Elternrechts dürfe demnach näher reguliert werden. Schließlich belegt nach der genannten Ansicht Art. 1 GG (unantastbare Menschenwürde, unverletzliche und unveräußerliche Menschenrechte - unantastbar und unverletzlich auch durch den Verfassungsgeber selbst), daß sich die Verfassung an naturrechtlichen Anschauungen orientiert hat¹⁶⁾.

Wenn jetzt aber geklärt ist, daß diese Verfasser dem Umgangsrecht Naturrechtsqualität beilegen, ist nun auch definitiv auf die Frage

13) Dölle, a.a.O., § 98 I 1. Ähnlich OLG Frankfurt (M), FamRZ 1968, 662: "Das Verkehrsrecht ist ein Teil des in Art. 6 II GG festgestellten natürlichen Elternrechts..."

14) Erman-Ronke, § 1634 Anm. 1a; Palandt-Lauterbach, 31. Aufl., § 1634 Anm. 1; Soergel-Siebert-Lange, § 1634 Rz. 2; OLG Frankfurt (M), FamRZ 1968, 662.

15) Vgl. zur Substanztheorie allgemein Gernhuber, Lehrbuch, § 5 IV 4.

16) Siehe zu allem Beitzke, FamRZ 1958, 9. Das naturrechtliche Verständnis des Elternrechts im GG ist weit verbreitet. Vgl. etwa Baumgarte, Das Elternrecht, S. 17; Hansmann, FamRZ 1962, 453; von Mangoldt-Klein, GG, S. 95; Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 6 Rz. 22; Maurer, in: Evangelisches Staatslexikon, Sp. 407; Nipperdey, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, S. 2; Peters, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, S. 373; Reuter, Kindesgrundrechte, S. 96. Vgl. in der Rspr. OVG Lüneburg, VerwRspr. 8, 399 (400); BayerVerfGH, VerwRspr. 6, 641 (643).

nach der Grundlage des Umgangsrechts - so wie sie sich diesen Betrachtern darstellt - Auskunft zu geben. Auch bei diesen Autoren ist die Basis des Umgangsrechts die allerengste Blutsverwandtschaft, denn Träger des Elternrechts kraft Naturrecht können nur die leiblichen Eltern sein¹⁷⁾.

Eine gesonderte Betrachtung verdient schließlich die Auffassung des Bundesgerichtshofs. Der BGH hat sich mit der Rechtsnatur des Umgangsrechts bisher in zwei Entscheidungen befaßt. In BGHZ 51, 219 (221) heißt es: "Personensorgerecht und Verkehrsrecht stehen sich als selbständige, auf dem natürlichen Elternrecht beruhende Rechte gegenüber". Dem Sinne nach übereinstimmend ist bereits in einer früheren Entscheidung ausgeführt: "Beide Rechte beruhen auf dem natürlichen Elternrecht"¹⁸⁾. Die Frage ist, ob anhand dieser Aussagen ohne weiteres angenommen werden darf, der BGH würde damit auf dem "Hintergrund naturrechtlicher Vorstellungen"¹⁹⁾ operieren. Gewiß kann die Formel "beruht auf dem natürlichen Elternrecht" eine Kurzfassung der oben angegebenen Erläuterung Schwoerers sein und - in ihre einzelnen Elemente aufgelöst - bedeuten: "beruht auf der engsten Blutsverwandtschaft und ist ein natürliches Elternrecht". Das ist sicher auch die naheliegendste Erklärung. Doch ist es nicht die einzige vernünftig mögliche, wie im folgenden gezeigt werden soll.

Zunächst wird man die Aussage in dem Sinne interpretieren dürfen, daß nach ihr das Umgangsrecht auf der natürlichen Verwandtschaft zwischen Elternteil und Kind beruht. So versteht jedenfalls das Bundesverfassungsgericht den BGH, wenn es ausführt, es sei gleichgültig, ob man das Umgangsrecht als Restbestandteil des Personensorgerechts verstehe oder es mit der heute überwiegenden Ansicht "unmittelbar aus der natürlichen Eltern-Kind-Beziehung herleite(t)" (vgl. BGHZ 42, 364 (370), BGHZ 51, 219 (221), Schwoerer, a.a.O., § 1634 Anm. 4 mit weiteren Nachweisen)²⁰⁾. Die Formulierung des BGH "auf dem natürlichen Elternrecht" soll also nach Ansicht des

17) Vgl. statt vieler Gernhuber, Lehrbuch, § 5 IV 5; Peters, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, a.a.O., S. 375.

18) BGHZ 42, 364 (370).

19) So Giesen, NJW 1972, 226.

20) BVerfGE 31, 194 (206).

BVerfG (jedenfalls zunächst) dasselbe bedeuten wie "auf der natürlichen Eltern-Kind-Beziehung". Damit mag aber die Aussage des BGH bereits inhaltlich erschöpfend ausgedeutet sein. Die hier beschäftigende Frage nach dem naturrechtlichen Inhalt wäre damit noch nicht beantwortet, weil nicht jedes Elternrecht, das auf der natürlichen Verwandtschaft beruht, gleichzeitig ein Naturrecht ist. Das läßt sich belegen. Engler hat - vom Standpunkt der herrschenden Meinung aus - vor kurzem eine Reihe von Rechten nachgewiesen, die auf der engen Blutsbeziehung beruhen. Hierzu sind neben dem Personensorgerecht und dem Umgangsrecht etwa auch das Recht der Eltern zur Fortsetzung der Privatklage wegen Beleidigung nach dem Tode des Klägers (§ 393 II StPO), das Recht, das Aufgebotsverfahren zum Zweck der Todeserklärung eines Verschollenen zu beantragen (§ 16 II VerschG) oder das Recht der Eltern eines Ehemannes nach § 1595 a BGB, die Ehelichkeit eines von seiner Frau geborenen Kindes anzufechten, zu zählen²¹⁾. Den drei letztgenannten Rechten aber läßt sich, auch wenn sie (nach herrschender Auffassung) auf der engen Blutsbeziehung zwischen Eltern und Kindern beruhen, gewiß keine Naturrechtsqualität beilegen, wenn wir das "Naturrecht", wie es heute ausschließlich geschieht, auf die "Grundzüge der Gerechtigkeit"²²⁾ beschränken.

Nun ist freilich nicht bekannt, ob der BGH das "natürliche Elternrecht" in bezug auf das Umgangsrecht nur in dieser eingeschränkten Wortbedeutung versteht, einer Wortbedeutung also, bei der - streng genommen - zusätzliche Anzeichen vorhanden sein müßten, um auf ein Naturrechtsverständnis schließen zu können. Näher liegt in der Tat, daß das Verständnis des BGH mit dem der anderen zitierten Verfasser übereinstimmt, auch wenn der BGH nicht auf diese zum Beleg der eigenen Auffassung verweist. Hierfür spricht nicht zuletzt, daß sich in der Rechtsprechung des BGH auch sonst in weitem Ausmaß naturrechtliche Erwägungen finden. Die meisten Erkenntnisse sind allerdings in Auseinandersetzung mit dem nationalsozialistischen Unrecht ergangen²³⁾ und geben für unsere Frage wenig her. Vereinzelt finden sich aber auch Ausführungen, in denen der BGH

21) Vgl. Engler, FamRZ 1969, 65.

22) Siehe z.B. Coing, Rechtsphilosophie, S. 200.

23) Etwa BGHSt 1, 391 (399, 401); 2, 173 (175, 177); 2, 234 (237, 239); 3, 357 (362); BGHZ 3, 94 (107); 9, 34 (44).

das Naturrecht für familienrechtliche Fragen nutzbar zu machen sucht. Zu denken ist etwa an die berühmte Entscheidung zur Verlobtenkuppelei²⁴⁾ oder an das BGH-Gutachten für das BVerfG zum Verfassungsprinzip der Gleichberechtigung der Geschlechter²⁵⁾. Hier finden sich klare Bekenntnisse zum Naturrecht²⁶⁾. Doch - und hier kommen wir zum entscheidenden Problem - ist es fraglich, ob diese Stellungnahmen noch heute den BGH kennzeichnen.

In der strafrechtlichen Rechtsprechung des BGH ist eine Wandlung eingetreten, die die Ausführungen des Großen Senats in Band sechs als überholt erscheinen lassen. Zur verwandten Frage des § 184 StGB (Verbreitung unzüchtiger Schriften) finden sich neuerdings Überlegungen, die mit denen des Großen Senats nicht zu vereinbaren sind, weil hier nicht mehr - wie auch noch in anderen BGH-Urteilen²⁷⁾ - von einer "vorgegebenen Schau der Werte" ausgegangen wird. In BGHSt 23, 40 (42) (Fanny Hill) heißt es etwa, daß die Anschauungen darüber, was in diesem Sinne gemeinschaftsschädlich wirke und wo demnach die Toleranzgrenze gegenüber geschlechtsbezogenen Darstellungen zu ziehen sei, "zeitbedingt und damit dem Wandel unterworfen" seien. Gleichbedeutend steht im selben Band zur Frage des Feilbietens von Präservativen in Außenautomaten: "Die Gegenmeinung übersieht, daß die Anschauungen über das, was im Bereich des Geschlechtlichen Anstand und Sitte verletzt, sich in den letzten Jahren tiefgreifend gewandelt haben"²⁸⁾. Was an diesen neueren Urteilen interessiert, ist, daß der BGH hier nicht mehr aus seiner Wertschau heraus feststellt, daß bestimmte Vorgänge alle anständigen Menschen im Innersten verletzen m ü s s e n - also von absoluten Normen des Sittengesetzes ausgeht -, sondern daß er in soziologischer Betrachtungsweise untersucht, was nach heutiger Anschauung Anstand und Sitte verletzt²⁹⁾.

Mit gutem Recht dürfen wir auch annehmen, daß sich der BGH über

24) BGHSt 6, 46 f.

25) BGHZ 11 Anh. 34 f.

26) BGHSt 6, 53; BGHZ 11 Anh. 64 f. So kann Gebhard Müller, Naturrecht und Grundgesetz, S. 17 mit Recht sagen, es sei "...sicher, daß die Rspr. des BGH stark von naturrechtlichen Überlegungen beeinflusst worden ist".

27) BGHSt 13, 16 (19); 15, 361 (365); 16, 343 (348).

28) BGHSt 23, 241 (243).

29) Vgl. hierzu näher Evers, JZ 1961, 241.

die naturrechtliche Ordnung der Familie, speziell über die vorgegebene Aufgabenteilung von Mann und Frau in der Ehe, nicht mehr so äußern würde wie ehemals. Denn bereits damals - also 1953 - hatte sich innerhalb des 1. Senates keine Einigkeit über die naturrechtliche Fundierung erreichen lassen. Wir besitzen hierzu das Zeugnis des früheren Präsidenten des BGH³⁰⁾. Auch im Gutachten selbst tritt die Divergenz in Erscheinung: es kommen in ihm unterschiedliche Leitbilder der Familienordnung zum Ausdruck. Während zunächst³¹⁾ die Rechte der Frau - so wie sie die Frauenrechtsbewegungen formuliert haben -, betont werden, finden sich später³²⁾ die zitierten Ausführungen zur naturrechtlichen Grundlage der Familie. Inzwischen, so ist zu vermuten, wird sich in dieser Frage innerhalb des BGH die "modernere Richtung" durchgesetzt haben. Denn der Zeitgeist, dem sich auch der BGH nicht entziehen kann, spricht gegen eine naturrechtliche Schau der Dinge. So stellt Maihofer heute eine wachsende Skepsis gegenüber dem Naturrechtsgedanken fest³³⁾; teilweise wird sogar, in Anlehnung an das nach dem letzten Krieg erschienene Werk des katholischen Naturrechtlers Rommen³⁴⁾ von der "ewigen Wiederkehr des Positivismus" gesprochen³⁵⁾. Auch die Rechtsprechung nimmt ständig weniger auf das Naturrecht Bezug³⁶⁾. Das mag gewiß zum Teil damit zusammenhängen, daß sich die Gerichte heute nur noch selten mit Fragen, die mit der nationalsozialistischen Herrschaft zusammenhängen, zu befassen haben. Ihre Tagesarbeit dient vielmehr ganz überwiegend der Ordnung des normalen bürgerlichen Zusammenlebens³⁷⁾. Doch spielt, wie erwähnt, die allgemeine Tendenz der Zeit sicher eine Hauptrolle³⁸⁾.

30) Siehe Weinkauff, NJW 1960, 1689 f.

31) BGHZ 11 Anh. S. 60, 61.

32) BGHZ 11 Anh. S. 65.

33) Maihofer, in: Ideologie und Recht, S. 122. Vgl. auch Krings-Baumgartner-Wild, Philosophie, S. 974: "Es scheint, als habe... die Naturrechtslehre...trotz gelegentlicher Reprisen keine Zukunft mehr."

34) Rommen, Die ewige Wiederkehr des Naturrechts, 2. Aufl. 1947.

35) So bereits P. Schneider, ARSPH 1956, 98.

36) Vgl. Gebh. Müller, Naturrecht und Grundgesetz, S. 15; Weinkauff, Bericht, S. 39.

37) Gebh. Müller, a.a.O., S. 15.

38) Vgl. auch Gernhuber, FamRZ 1973, 233, der zu den Aussagen der Länderverfassungen (über die Erziehung) bemerkt, sie seien "...allzu pathetisch in Wendungen, denen die Gegenwart sich schon wieder partiell entzogen zu haben scheint".

Zwischen dem genannten Gutachten des BGH zur Gleichberechtigung der Geschlechter im 11. Band und der ersten Entscheidung, die sich mit dem Wesen des Umgangsrechts befaßt, im Jahre 1964, liegen mehr als 10 Jahre. Aus den dargelegten Gründen erscheint es daher nicht unbedenklich, die früheren Ausführungen des BGH zur naturrechtlichen Ordnung der Familie ohne weiteres zur Interpretation seiner Aussage über das Umgangsrecht zu verwenden³⁹⁾. Dies gilt um so mehr, als noch eine Besonderheit in den Umgangsrechtsentscheidungen des BGH selbst zum Zweifel Anlaß gibt. Beim BGH fehlt nämlich eine wichtige Kennzeichnung, die sich bei Schwoerer, einem (relativ sicheren) Repräsentanten des Naturrechtsgedankens findet. Der BGH sagt, daß sich Umgangsrecht und Sorgerecht als "selbständige...Rechte"⁴⁰⁾ gegenüberstehen. Mit dem Hinweis auf die Selbständigkeit des Umgangsrechts will das Gericht verdeutlichen, daß das Umgangsrecht nicht als Teil des Personensorgerechts anzusehen ist. Schwoerer hingegen sagt mehr: Umgangsrecht und Sorgerecht stehen nach ihm nicht nur als selbständige Rechte nebeneinander, sondern beruhen "beide der Wurzel nach gleich stark auf dem natürlichen Elternrecht"⁴¹⁾, haben beide "das gleiche Gewicht des natürlichen Elternrechts"⁴²⁾. Schwoerer beantwortet die Frage nach dem Rang des Umgangsrechts - es hat den gleichen Rang wie das Sorgerecht -, der BGH schweigt hierzu.

Zuzugeben ist allerdings, daß die geschilderten Zeichen in keiner Weise deutlich gegen ein Naturrechtsverständnis des BGH, soweit es das Umgangsrecht betrifft, sprechen. Die Darlegungen sollten auch in diesem Sinne nichts "beweisen", sondern lediglich Zweifel wecken und den Blick für mögliche Entwicklungen schärfen. Da keine sicheren Hinweise vorliegen, soll daher auch hier davon ausgegangen werden, daß der BGH in bezug auf das Umgangsrecht dem herkömmlichen Naturrechtsverständnis folgt. Hierfür spricht nicht zuletzt die erwähnte Tatsache, daß der BGH bisher am deutlichsten

39) Siehe allerdings Teubner, Standards und Direktiven, S. 15, der noch auf jüngere naturrechtlich begründete Entscheidungen des BGH verweist.

40) BGHZ 51, 219 (221).

41) Staudinger-Schwoerer, § 1634 Rz. 11. Vgl. ferner Schwoerer, FamRZ 1969, 368.

42) Staudinger-Schwoerer, § 1634 Rz. 12.

in der Rechtsprechung den Naturrechtsgedanken vertreten hat. Ein Wandel der Anschauungen müßte da schon klarer zum Ausdruck kommen. Wesentlich scheint auch, daß sich der BGH mit dem naturrechtlichen Verständnis des Umgangsrechts in Übereinstimmung mit der heute herrschenden Meinung befinden würde, während die Ausführungen zur naturrechtlichen Ordnung der Familie schon 1954 von weiten Kreisen der Bevölkerung als veraltet und überlebt empfunden wurden⁴³⁾.

Schließlich ist bemerkenswert, daß auch das BVerfG in einer neuen Entscheidung die Meinung vertreten hat, das Umgangsrecht erwachse - wie das Sorgerecht - "aus dem natürlichen Elternrecht und der damit verbundenen Elternverantwortung..."⁴⁴⁾. Falls das BVerfG damit auf eine naturrechtliche Grundlage herkömmlicher Prägung verweisen sollte⁴⁵⁾ - fraglich allerdings wegen des Zusatzes "und der damit verbundenen Elternverantwortung" -, ist dies deshalb bedeutsam, weil das BVerfG in grundlegenden familienrechtlichen Erkenntnissen bisher auf eine Heranziehung naturrechtlicher Gedanken ausdrücklich verzichtet hat. So lehnte es das Gericht in der Entscheidung zur Gleichordnung von Vater und Mutter im Bereich der elterlichen Gewalt wegen der Vielzahl der vertretenen Naturrechtslehren ab, die verfassungsrechtliche Prüfung, ob die Einheit der Familie das Entscheidungsrecht des Mannes in Konfliktsituationen erfordere, an naturrechtlichem Gedankengut auszurichten⁴⁶⁾. Und im bekannten Adoptionsbeschuß hat das Gericht ausdrücklich auf den ablehnenden Passus in der eben genannten Entscheidung verwiesen und damit die Ansicht verworfen, das Elternrecht könne aus einer unmittelbar verbindlichen überpositiven naturrechtlichen Ordnung hergeleitet werden⁴⁷⁾. Sollten die hier zitierten Ausführungen des Gerichts daher "naturrechtlich" zu verstehen sein, würde dies eine gewisse Korrektur der Entscheidungen im 10. und 24. Band bedeuten und eine teilweise Rückkehr zu älteren Gedanken beinhalten. Denn in den Anfängen seiner Rechtsprechung hat auch das BVerfG sich zum

43) Maihofer, in: Ideologie und Recht, S. 127.

44) BVerfGE 31, 194 (206).

45) Das meint wohl Simitis, in: Goldstein-Freud-Solnit, Jenseits des Kindeswohls, S. 111 Fn. 117.

46) BVerfGE 10, 59 (81).

47) BVerfGE 24, 119 (150).

Naturrecht bekannt⁴⁸⁾. Wenn aber sogar das BVerfG in neuester Zeit den Naturrechtscharakter des Umgangsrechts zu bejahen scheint, wird man den naturrechtlichen Bezug beim BGH erst recht voraussetzen können. Im folgenden soll daher davon ausgegangen werden, daß der BGH in Übereinstimmung mit der allgemeinen Vorstellung das Umgangsrecht als Naturrecht betrachtet.

Abschließend ist daher festzustellen: Ebenso wie die genannten Verfasser sieht auch der BGH die Grundlage des Umgangsrechts in der engen Blutsbeziehung zwischen Eltern und Kindern und folgt gleichfalls einem naturrechtlichen Verständnis des Umgangsrechts. Die anfangs gestellte Frage, ob innerhalb der herrschenden Meinung Unterschiede in der Auffassung zum Wesen des Umgangsrechts bestehen, ist daher zu verneinen.

II. Die historische Entwicklung der Auffassungen

1. RG und KG im Widerstreit

Die beiden Theorien zum Wesen des Umgangsrechts lassen sich in ihren Ansätzen bis in die Zeit vor der Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches zurückverfolgen. Sie kamen, soweit ersichtlich, erstmals in einem Urteil des Reichsgerichts aus dem Jahre 1889 zur Sprache⁴⁹⁾. In dem dort entschiedenen Fall klagte eine nicht-eheliche Mutter gegen den nichtehelichen Vater, der das Kind adoptiert hatte, auf Einräumung eines Umgangsrechts. Das RG mußte auf der Grundlage des Allgemeinen Landrechts entscheiden. In Teil 2 Titel 2 §§ 101, 102 des ALR war zum persönlichen Umgang bestimmt: "Sind beide Eltern, oder einer derselben von der Erziehung ausgeschlossen, so soll ihnen doch der Zutritt zu den Kindern nicht gänzlich versagt werden. Es bleibt aber richterlichem Ermessen vorbehalten, wie oft und unter welcher Aufsicht

48) Vgl. BVerfGE 1, 14 (32): "Das Bundesverfassungsgericht erkennt die Existenz überpositiven, auch den Verfassungsgeber bindenden Rechtes an und ist zuständig, das gesetzte Recht daran zu messen". Auch nach Ansicht des früheren Präsidenten des BVerfG hat die Verfassung überpositives Recht anerkannt und wollte dieses Recht wie Verfassungsrecht behandelt wissen (siehe auch Gebh. Müller, Naturrecht und Grundgesetz, S. 27).

49) RGZ 24, 250.

dergleichen Besuche zu gestatten sind"⁵⁰⁾.

Die zitierten Vorschriften betrafen nach dem Gesetz nur die Elternrechte geschiedener Ehegatten. Das RG hatte zu entscheiden, ob der Klägerin ein Anspruch zusteht, auch wenn sie nicht die geschiedene Ehefrau des Kindesvaters ist, und auch wenn dieser nicht als leiblicher Vater, sondern als Adoptivvater das Erziehungsrecht besitzt.

Das Gericht legte zunächst dar, daß das Erziehungsrecht nach § 681 ALR II 2 auf den Adoptivvater übergegangen ist. Bezüglich des Umgangsrechts führt es daraufhin aus: "Faßt man dasselbe mit der Revision als einen Ausfluß des Erziehungsrechtes auf, so muß man die gestellte Frage (d.h. den Umgangsrechtsanspruch der Klägerin) verneinen, da es solchenfalles den Verlust des Erziehungsrechtes nicht überdauern könnte."⁵¹⁾ Die Richter lehnten jedoch diese Ansicht ab. Das Umgangsrecht ist nach ihnen keine Wirkung des Personensorgerechts, sondern ein Recht, das "in dem natürlichen Elternverhältnisse wurzelt"⁵²⁾. Wenn auch das Umgangsrecht vom ALR ausdrücklich nur den geschiedenen Eltern eines in der Ehe geborenen Kindes eingeräumt sei, heißt es in der Entscheidung, so nötige doch nichts dazu, das Gesetz auf diesen Fall zu beschränken. Vielmehr sei in der zitierten Bestimmung die einzelne Anwendung eines allgemeinen Prinzips zu sehen, da das Gesetz "weder in seiner Fassung noch in seinem erkennbaren Motive die Kennzeichen der Singularität an sich (trage)"⁵³⁾. Das RG erblickte also in der angeführten Vorschrift des Landrechts die Wertung des Gesetzgebers, allen Personen, die in dem natürlichen Elternverhältnis stehen, das Zutrittsrecht zum Kind zu gewähren.

Die nächste veröffentlichte Reichsgerichtsentscheidung zu dieser Frage stammt aus dem Jahre 1906⁵⁴⁾. Der Tatbestand dieses Urteils stimmt im wesentlichen mit dem eben erwähnten überein: Eine nicht-

50) Die Bestimmung ist abgedruckt bei Staudinger-Schwoerer, § 1634 Rz. 1.

51) RGZ 24, 250 (253).

52) RGZ 24, 250 (254).

53) RGZ 24, 250 (254).

54) RGZ 64, 47 f.

eheliche Mutter klagt gegen den Adoptivvater, ihr den persönlichen Umgang mit dem Kind zu gestatten. Maßgebendes Gesetz war nunmehr bereits das BGB. In § 1636 a.F. hieß es damals dort: "Der Ehegatte, dem nach § 1635 die Sorge für die Person des Kindes nicht zusteht, behält die Befugnis, mit ihm persönlich zu verkehren. Das Vormundschaftsgericht kann den Verkehr näher regeln." § 1635 a.F., auf den sich § 1636 a.F. bezog, hatte ebenfalls nur den Fall im Auge, daß ein Elternteil nach Scheidung der Ehe kein Sorgerecht mehr besitzt.

Das Kammergericht als Gericht der weiteren Beschwerde wollte den Umgangsrechtsanspruch der leiblichen Mutter mit den Gründen, mit denen das RG eine Befugnis für den Geltungsbereich des ALR bejaht hatte, auch für das Recht des BGB anerkennen⁵⁵⁾. Dem folgte das RG aber jetzt nicht mehr. Die Gründe, die den Anspruch nach dem ALR gerechtfertigt hatten, ließ es für das BGB nicht gelten. Zunächst führte das RG aus, daß das BGB zwar eine Befugnis der leiblichen Eltern zum persönlichen Umgang im Falle der Adoption nicht (ausdrücklich) vorsehe, daß aber gleichwohl ein solcher Anspruch anzuerkennen sei, wenn er sich aus dem natürlichen Verhältnis zwischen Eltern und Kindern herleiten lasse und mit der Annahme an Kindes Statt vereinbar sei. Beides sei aber nicht der Fall. Die Befugnis zum persönlichen Umgang mit dem Kind sei nicht eine Folge der Blutsverwandtschaft schlechthin, d.h. nicht jeder, der mit dem Kinde verwandt sei, dürfe das Umgangsrecht in Anspruch nehmen. Das Umgangsrecht folge vielmehr allein aus der Sorge für die Person des Kindes. Da die leiblichen Eltern mit der Adoption die elterliche Gewalt und damit auch das Personensorgerecht verloren hätten, sei gleichzeitig auch das Recht zum persönlichen Verkehr mit dem Kinde verloren gegangen. Das Gericht begründete diese Auffassung noch näher mit den Unterschieden, die zwischen einem Verlust des Erziehungsrechtes durch Scheidung und einem durch Adoption bestünden, und wies dabei besonders darauf hin, daß der Verlust des Sorgerechtes im ersten Fall kraft Gesetzes und damit ohne Zutun des Elternteils eintrete (die Sorgerechtsverteilung erfolgte

55) Die Ausführungen des KG sind in RGZ 64, 47 (48) sinngemäß wiedergegeben.

te damals automatisch nach § 1635 aufgrund des Schuldspruchs im Scheidungsurteil), während die leiblichen Eltern bei der Adoption das Fürsorgerecht freiwillig aufgäben, da ein Kindesannahmevertrag über ein unmündiges Kind der Einwilligung der Eltern bedürfe (§ 1747 a.F.). Daher sei ein innerer Grund, den leiblichen Eltern das Umgangsrecht im Falle der Adoption zu belassen, nicht in gleichem Maße anzuerkennen, wie im Falle der Scheidung: werde das aber berücksichtigt, so gewinne das Fehlen einer gesetzlichen Anerkennung eines solchen Rechts eine besondere Bedeutung. Ferner wurde erklärt, daß eine erweiterte Anwendung des § 1636 auch dem Zweck der Annahme an Kindes Statt zuwiderlaufen würde⁵⁶⁾.

Zur Frage des Umgangsrechts im Falle einer Adoption hatte das RG damit definitiv entschieden. Der Beschluß wurde insoweit richtungweisend, als die meisten Untergerichte die Vorschrift des § 1636 nun nur noch auf den Fall des Sorgerechtsverlustes durch Scheidung beschränkten und nicht versuchten, ihn auf andere Fälle auszudehnen. Dem RG folgten insoweit auch einige Senate des Kammergerichts: so etwa der erste Senat in einer Entscheidung aus dem Jahre 1907, in der er sich ebenfalls mit dem Problem der Gewährung des Umgangsrechts im Falle einer Adoption beschäftigen mußte⁵⁷⁾. Die Richter führten aus, daß zwar nach § 1764 a.F. die Rechte und Pflichten, die sich aus dem Verwandtschaftsverhältnis zwischen dem Kind und seinen Verwandten ergäben, durch die Annahme an Kindes Statt nicht berührt würden; da das Recht zum persönlichen Umgang aber nach dem geltenden Gesetz nicht schlechthin aus der Blutsverwandtschaft folge, könne es kein Umgangsrecht geben.

In einem Beschluß schließlich aus dem Jahre 1920 lehnte es ein weiterer Senat des KG sogar in einem Sonderfall der Scheidung ab, ein Umgangsrecht zu gewähren⁵⁸⁾. Die Ehe einer Frau war geschie-

56) Lediglich über § 1666 billigte das RG der leiblichen Mutter einen persönlichen Umgang zu, d.h. die Adoptiveltern dürfen ihr Erziehungsrecht nicht mißbrauchen und der Mutter den Umgang nicht "ohne verständigen Grund" und "in unpassender Weise" abschneiden (vgl. RGZ 64, 47 (52)).

57) OLG 16, 23.

58) KGJ 52, 20.

den worden, weil sie geisteskrank geworden war (§ 1569). Das LG als Vorinstanz hatte angenommen, das "aus der Verwandtschaft folgende Recht auf persönlichen Verkehr" werde zumindest insoweit durch Geisteskrankheit nicht aufgehoben, als diese nicht einen solchen Grad erreicht habe, daß eine geistige Gemeinschaft ausgeschlossen sei. Das KG hingegen verneinte generell die Anwendbarkeit des § 1636: § 1635, auf den die Umgangsrechtsbestimmung verweise, erfasse nur den Fall, daß die Ehe nach den §§ 1565 bis 1568 geschieden sei, nicht aber nach § 1569. Nach Wortlaut und Entstehungsgeschichte der Norm wurde dies eingehend begründet. Uns interessiert an dem Beschluß nur, daß es dieser Senat des KG damit ablehnte, die Blutsverwandtschaft für eine ausdehnende Interpretation der Norm nutzbar zu machen.

Im allgemeinen aber blieb das KG der Auffassung treu, daß sich das Umgangsrecht aus der natürlichen Verwandtschaftsbeziehung ergebe. Zwar war ihm durch die Entscheidung des RG die Weiterverfolgung dieser Ansicht verwehrt, soweit es das Umgangsrecht im Falle der Adoption betraf. In den Fällen hingegen, die unzweifelhaft § 1636 unterfielen, weil die Regelung des Umgangsrechts eines geschiedenen Ehegatten in Frage stand, konnte das KG seine Meinung noch zur Geltung bringen. In den nunmehr zu besprechenden Fällen ging es also nicht mehr um die Frage, ob § 1636 a.F. über den Fall des Sorgerechtsverlustes durch Scheidung hinaus auf andere Fälle des Verlustes der Personensorge erstreckt werden kann, sondern darum, ob die Möglichkeit besteht, das Umgangsrecht eines geschiedenen Ehegatten nach § 1666 auszuschließen.

Im Verfahren KG RJA 11, 254 hatte die Vorinstanz die Ansicht vertreten, dem nichtsorgeberechtigten Elternteil dürfe der Verkehr mit den Kindern niemals ganz entzogen werden. Das KG bestätigte diese Auffassung. Es begründete dies zunächst ausführlich aus dem Wortlaut der Vorschrift - das Vormundschaftsgericht könne nur "näher regeln", nicht ausschließen - und der Entstehungsgeschichte des Gesetzes - in den Motiven zum ersten Entwurf des BGB und in den Beratungen über den Entwurf sei zum Ausdruck gekommen, daß eine gänzliche Versagung des Verkehrs nicht stattfinden dürfe - und führte schließlich wörtlich aus: "Die geschiedene Mutter aber, der nach § 1635 das Personensorgerecht nicht zusteht, könnte unter

die Vorschrift des § 1666 nur dann fallen, wenn man ihr Recht auf Verkehr mit dem Kinde als Ausfluß und noch übriggebliebenen Teil ihres früheren Personensorgerechts ansieht." Letzteres lehnte das Gericht aber ab, weil Gegenstand der Personensorge nicht die Befugnis zum persönlichen Umgang sei, sondern nach § 1631 das Recht, über den Umgang des Kindes mit anderen Personen die geeignete Bestimmung zu treffen. Weiter schrieben die Richter: "Hiernach stellt sich das Verkehrsrecht weder als Ausfluß der Sorge für die Person des Kindes noch überhaupt als Bestandteil der elterlichen Gewalt dar, sondern entspricht dem zwischen Eltern und Kindern bestehenden nahen Verwandtschaftsverhältnisse; dieses letztere bedingt, daß kein Elternteil von dem Verkehre mit seinen Kindern ganz ausgeschlossen werden kann"⁵⁹⁾.

Der zitierte Satz bildet von da an den Kernbestand der Ausführungen des KG zum Wesen des Umgangsrechts. So heißt es in einer späteren Entscheidung: "Das Recht auf den persönlichen Verkehr mit dem Kinde entspringt dem zwischen den Eltern und dem Kinde bestehenden nahen Verwandtschaftsverhältnisse. Deshalb ist eine gänzliche Versagung jenes Verkehres oder eine Regelung, die ihr im Ergebnis gleichkommt, nicht zulässig, selbst wenn die Voraussetzungen des § 1666 vorliegen..."⁶⁰⁾. Mitunter findet sich auch noch folgende Ergänzung: "Daß dieses Recht eines jeden der Ehegatten auch nach der Scheidung der Ehe fortbesteht, folgt eigentlich schon aus dem Fortbestehen des Verwandtschaftsverhältnisses"⁶¹⁾.

Auch in den eben geschilderten Fällen stand das KG mit seiner Wertung deutlich im Gegensatz zur Rechtsprechung des RG. Die Differenzen wurden 1937 ausgetragen: allerdings nicht in einem Fall wie dem gerade erwähnten, in dem es um die Frage ging, ob das Umgangsrecht eines g e s c h i e d e n e n Ehegatten ausgeschlossen werden kann, sondern in einem Fall, der dem bereits vom RG entschiedenen Adoptionsfall nahe verwandt ist. Die Frage lautete jetzt, ob einem Elternteil, der das Sorgerecht nach § 1666 - also wie im Fall der Adoption auf andere Weise als durch Scheidung - verloren hat, ein Umgangsrecht zusteht. Sieht man das

59) KG, RJA 11, 254 (256).

60) KG, OLG 31, 403.

61) KGJ 44, 23 (25).

Wesen des Umgangsrechts darin, die engsten Blutsbande zu schützen und zu bewahren, so kann man das Umgangsrecht eigentlich nicht auf den im Gesetz ausdrücklich geregelten Fall des Sorgerechtsverlustes durch Scheidung begrenzen, sondern muß es jedem Elternteil zugestehen, der das Sorgerecht - ganz gleich aus welchem Grund - verloren hat. In diesem Sinne hat denn auch das KG in folgendem Fall entschieden: Eine nichteheliche Mutter, deren Sorgerecht nach den §§ 1707, 1666, 1838 a.F. entzogen worden war, suchte um Regelung des persönlichen Umgangs nach. Während das VG diesen Antrag abgelehnt hatte, weil die Mutter mit dem Sorgerecht auch das Umgangsrecht verloren habe, standen LG und KG auf dem gegenteiligen Standpunkt. Das LG führte aus, "daß das Recht auf persönlichen Verkehr nicht Ausfluß eines besonderen Familienrechts sei, sondern aus dem natürlichen Verwandtschaftsverhältnis entspringe; daher stehe es auch der unehelichen Mutter zu, der das Sorgerecht entzogen worden sei"⁶²⁾. Das KG als Gericht der weiteren Beschwerde meinte - entsprechend seiner geschilderten Auffassung -, daß der nichtehelichen Mutter auch beim Sorgerechtsverlust ein Recht zum persönlichen Umgang zuzubilligen sei, weil das Umgangsrecht "dem zwischen Eltern und Kindern bestehenden natürlichen Verwandtschaftsverhältnis"⁶³⁾ entspringe. Das RG stand hingegen in Bestätigung seiner Ansicht im 64. Band und im wesentlichen unter Berufung auf den Wortlaut des Gesetzes ("behält") auf dem Standpunkt, "daß das geltende Recht einen besonderen, von der elterlichen Gewalt oder dem Recht der Sorge für die Person unabhängigen Rechtsanspruch auf persönlichen Verkehr mit dem Kinde nicht kennt"⁶⁴⁾. Ergänzend wies das Gericht darauf hin, daß der Anerkennung eines Rechtsanspruchs "auch" schwerwiegende Bedenken sachlicher Art entgegenstünden. Wenn dem Elternteil das Sorgerecht nach § 1666 entzogen worden sei, könne der Zweck dieser Maßnahme u.U. vereitelt werden, wenn man ihm einen unentziehbaren Rechtsanspruch auf den persönlichen Umgang zugestehe. Und erst recht läge im Fall der Verwirkung (§ 1680 a.F.) auf der Hand, daß die Einräumung eines Rechtsanspruchs je nach der Art der strafbaren Handlung dem Kind äußerst nachteilig

62) Zitiert nach RGZ 153, 238 (239).

63) Zitiert nach RGZ 153, 238 (240).

64) RGZ 153, 238 (242).

sein könnte. Das Gericht verneinte daher den Umgangsrechtsanspruch der Klägerin.

Die Auffassung des RG wurde in der Folgezeit von allen Gerichten übernommen. Bereits im gleichen Jahr hieß es auch in einer Entscheidung des KG, das Umgangsrecht sei "als ein Rest der dem nicht sorgeberechtigten Elternteil insoweit verbleibenden Personenfürsorge aufzufassen"⁶⁵⁾. Deshalb sahen die Richter keine Veranlassung, einem Vater, dem bei Eingehung der Ehe deren Nichtigkeit bekannt war "und dem deshalb die sich aus der Vaterschaft ergebenden Rechte nicht zustehen", ein Umgangsrecht zu geben. Und im Beschluß vom 31.3.1938 - einem der letzten Beschlüsse unter der Geltung des § 1636 a.F., denn am 1. Aug.1938 trat das neue EheG in Kraft - führte das KG nochmals aus: "Das Verkehrsrecht ist nur ein Rest des Personensorgerechts und einschränkbar und entziehbar wie dieses"⁶⁶⁾.

Damit ist das Wesentliche zur historischen Entwicklung der heute vertretenen Auffassungen und zu ihrer früheren Bedeutung gesagt. Die Lehre vom Restbestandteil wurde genau wiedererkannt: schon das RG hat wörtlich vom "Verkehrsrecht als dem Restbestandteil des Personensorgerechts" gesprochen⁶⁷⁾. Weniger deutlich ist der Sachverhalt hingegen beim KG. In den angeführten Entscheidungen ist immer nur der Satz vorgekommen: beruht auf dem natürlichen Verwandtschaftsverhältnis. Die Kennzeichnung hingegen, die der heute herrschenden Meinung das Gepräge gibt - natürliches Elternrecht -, ist uns nicht begegnet. Dennoch ist diese Charakterisierung nicht erst ein Produkt der vom Grundgesetz (Art. 6) beeinflussten Jetztzeit. Auch in der Vorkriegsrechtsprechung wurde mehrfach darauf hingewiesen, daß das Umgangsrecht ein "natürliches Elternrecht" sei⁶⁸⁾, wenn auch nicht in den bisher zitierten grundlegenden Entscheidungen. So schrieb das KG in einem Beschluß aus dem Jahre 1905, die "natürlichen

65) KG, JW 1937, 962.

66) KG, JW 1938, 1334.

67) Dem RG folgten im Schrifttum etwa Landsberg, DRiZ 1915, 403; Lohmann, Gruchots Beitr. 61, 26; Junghanns, Sächs. Archiv 7, 485.

68) Die in der FamRZ 1972, 485 geäußerte gegenteilige Auffassung halte ich daher nicht aufrecht.

Rechte" der Mutter dürften nicht verkümmert werden⁶⁹⁾. Das BayObLG wies in einer Entscheidung vom 3. Jan. 1913 darauf hin, daß es nicht rechtens sei, das "natürliche Recht" des im Scheidungsurteil als schuldig erklärten Elternteils, mit den Kindern persönlich zu verkehren, ohne Grund zu schmälern⁷⁰⁾.

Allerdings wird in den eben zitierten Entscheidungen vom "natürlichen Elternrecht" nur beiläufig gesprochen. Doch gewinnt es in einem Beschluß des KG aus dem Jahre 1922 auch für die Fallentscheidung Gestalt. Die Vorinstanz hatte einem geschlechtskranken geschiedenen Mann bis zum Nachweis, daß eine Ansteckungsgefahr ausgeschlossen ist, das Besuchsrecht verwehrt. Hierzu meinte jedoch das KG als Gericht der weiteren Beschwerde: "Dies bedeutet eine Verletzung des natürlichen Elternrechts, die durch die Blutsverwandtschaft begründeten Beziehungen mit dem Kinde zu pflegen..."⁷¹⁾. Wie zu sehen ist, findet sich in dieser Entscheidung sogar die genaue Charakterisierung der heute herrschenden Meinung. Mit Schwoerer⁷²⁾ ist daher davon auszugehen, daß die Wurzel der herrschenden Ansicht schon weit in die Vergangenheit zurückreicht, wenn auch die Lehre den Namen, unter dem sie heute auftritt, erst in der "Naturrechtsrenaissance" der Nachkriegszeit erhalten hat.

Es ist somit zur Ansicht des KG festzustellen: Auch wenn das Gericht zumeist nur davon sprach, daß das Umgangsrecht der Blutsverwandtschaft entspringe, so verband es damit doch immer die Vorstellung, daß es sich um ein natürliches Elternrecht handle: Nicht zuletzt geht dies aus dem Sinn, den das KG aus der Blutsverwandtschaft herleitete - den Eltern darf der Zutritt zu ihren Kindern nicht endgültig verwehrt werden - deutlich hervor⁷³⁾.

69) KG, OLG 11, 298.

70) BayObLGZ 14, 4

71) KG, KGJ 53, 30 (32).

72) Staudinger-Schwoerer, § 1634 Rz. 4.

73) In der Literatur wurde das KG u.a. unterstützt von Staudinger-Engelmann, 9. Aufl., § 1636 Anm. 4; v. Blume, Seuff Bl. 72, 99; Hagemann, ZBlFG 1922, 406.

2. Jüngere Parallelen zur Auffassung des KG im Adoptionsrecht

Den gleichen Erscheinungen, wie sie in bezug auf das Umgangsrecht anhand der Auffassung des KG geschildert wurden, begegnen wir im Adoptionsrecht. Wir sprechen hiermit die in § 1748 i.d.F. des Adoptionsgesetzes statuierte Regelung an (Ersetzbarkeit der Einwilligung in die Adoption). Vorläufer von § 1748 n.F. war - von dem nur kurze Zeit geltenden § 1747a abgesehen - § 1747 Abs. 3 a.F. § 1747 Abs. 3 war erst durch das FamRändG von 1961 in das BGB eingefügt worden. Vorher war die Einwilligung der leiblichen Eltern in die Adoption nicht ersetzbar, auch wenn die Einwilligung ohne Grund verweigert wurde und das Unterbleiben der Annahme dem Kind zu unverhältnismäßigem Nachteil gereichte⁷⁴⁾. Als man Ende der fünfziger Jahre daran gehen wollte, hier Abhilfe zu schaffen, wurde das stark kritisiert. So lauteten die Beschlüsse der Ehrechtskommission der EKid zur geplanten Ersetzbarkeit der Einwilligung: "Wenn auch nur ein Elternteil, selbst aus Gründen der Schikane, einer Adoption widerspricht, so sollte dies im Hinblick auf die vorgegebene Bindung zwischen Eltern und Kind beachtlich bleiben. Darüber müssen in besonderen Fällen selbst zunächst ins Auge fallende, unverhältnismäßige Nachteile für das Kind in Kauf genommen werden"⁷⁵⁾. Hier äußert sich ersichtlich der gleiche Gedanke wie in den zitierten Kammergerichtsentscheidungen: Die vorgegebene, durch Zeugung und Geburt vermittelte Bindung steht sinnbildlich für die Untrennbarkeit der Eltern-Kind-Beziehung. Selbst der von der Ehrechtskommission erwähnte Grund der Schikane ist nicht neu. Das BayObLG hatte früher bereits zum Umgangsrecht entschieden, "daß eine Entziehung dieses Rechts überhaupt nicht möglich ist und

74) Teilweise hat die Rspr. versucht, § 1746 Abs. 2 a.F. unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmißbrauchs (§ 226) analog anzuwenden (KG, DR 1939, 2079; LG Koblenz, FamRZ 1956, 59; LG Hamburg, FamRZ 1957, 328; OLG Hamburg, FamRZ 1957, 379), meist aber ließ sie die Entscheidung der Eltern unbedingt gelten (LG Darmstadt, FamRZ 1956, 60; OLG Karlsruhe, FamRZ 1957, 183; KG, FamRZ 1957, 184; OLG Celle, MDR 1960, 52; OLG Karlsruhe, FamRZ 1961, 490). Vgl. hierzu im einzelnen Staudinger-Engler, § 1747, Rz. 37, 38.

75) Beschlüsse der Ehrechtskommission der Evangelischen Kirche in Deutschland, FamRZ 1959, 491 (492). Ähnlich Göppinger, FamRZ 1959, 397 (401). Vgl. auch die weiteren Nachweise bei Staudinger-Engler, § 1747 Rz. 39.

auch durch § 226 BGB nicht ausgeschlossen werden kann⁷⁶⁾.

Die Kritik an § 1747 Abs. 3 a.F. ist nicht verstummt, auch nicht, nachdem diese Vorschrift Gesetz geworden war. In der Rspr. wurde auf die enge Blutsverwandtschaft wie folgt Bezug genommen: "Zur Rechtsnatur der Einwilligung in die Adoption ist noch darauf hinzuweisen, daß nach einhelliger Auffassung in der Rechtsprechung und Rechtslehre das Erfordernis dieser Einwilligung in die Adoption (§ 1747 I) auf dem natürlichen Eltern-Kind-Verhältnis, auf dem verwandtschaftlichen Bande beruht. Daraus ergibt sich, daß diese Einwilligung schon an sich nicht ersetzbar sein kann, weshalb § 1747 III auch nicht folgerichtig ist"⁷⁷⁾. Auch hier zeigt sich die beim KG wahrgenommene Untrennbarkeitslehre mit der Vorstellung einer nicht zu schmälernnden genetischen Elternschaft. Und im Lehrbuch von Beitzke ist noch in der 16. Auflage 1972 zu lesen: "(Die) Ersetzbarkeit elterlicher Einwilligung ist rechtspolitisch äußerst angreifbar; sie ist - wenn die Einwilligung aus der natürlichen Eltern-Kind-Beziehung folgt, unfolgerichtig..."⁷⁸⁾. Unfolgerichtig deshalb, weil nach dieser Auffassung Rechtspositionen, die auf der engsten Blutsverwandtschaft fußen, "an sich" nicht genommen werden können. Genau diesem Gedanken begegneten wir aber auch beim KG in bezug auf das Umgangsrecht.

III. Methodologische Würdigung der Auffassungen

1. Einleitung

Wir sahen, daß dem Streit um das Wesen des Umgangsrechts eine praktische Zielsetzung zugrunde lag. Den Kontrahenten ging es darum, vom Gesetz nicht eindeutig geklärte offene Fragen zu beantworten: Soll das Umgangsrecht allen Eltern zukommen? Soll das Umgangsrecht ausschließbar sein? Die Bemühung um die Wesenserkenntnis hatte also den Sinn, vorhandene Gesetzeslücken zu schließen und das Recht fortzubilden. Dieses Anliegen verdient

76) BayObLG, JFG 4, 37 (39).

77) OLG Stuttgart, FamRZ 1964, 51.

78) Beitzke, 16. Aufl. 1972, § 33 IV 1. In den folgenden Auflagen - zuletzt 18. Aufl. 1976 - finden sich diese Ausführungen nicht mehr.

vor allem im Hinblick auf den Wert der Theorien in der Gegenwart, zu dem später Stellung genommen werden soll, hervorgehoben zu werden.

Das KG, das im Umgangsrecht einen Ausfluß der engen Blutsverwandtschaft sah, leitete aus dieser Erkenntnis her,

- a) daß das Umgangsrecht nicht ausschließbar ist,
- b) daß das Umgangsrecht über den ausdrücklich geregelten Fall des Sorgerechtsverlustes nach Scheidung hinaus in allen Fällen gewährt werden muß, in denen das Sorgerecht verlorengegangen ist, gleichgültig, ob dies kraft Gesetzes (§§ 1635, 1680 a.F.) durch Adoption (§ 1764 a.F.) oder durch behördliche Anordnung (§ 1666) geschehen ist.

Das RG hingegen folgerte aus seiner Auffassung vom Wesen des Umgangsrechts,

- a) daß das Umgangsrecht wie das Personensorgerecht nach § 1666 ausschließbar ist,
- b) daß § 1636 a.F. eine auf den Fall der Scheidung bezogene Sonderregelung darstellt, die sich nicht auf andere Fälle übertragen läßt.

Angesichts dieser praktischen Ziele, deretwillen die Theorien über das Wesen des Umgangsrechts begründet wurden, ist ferner festzustellen, daß es sich bei der theoretischen Auseinandersetzung nicht - woran man bei überkommenen Meinungen vielleicht denken könnte - um eine der bekannten und heute zu Recht nicht mehr geschätzten Konstruktionskontroversen aus der Zeit der Begriffsjurisprudenz handelte. Freilich war letzteres auch schon deshalb nicht anzunehmen, weil das Wesen des Umgangsrechts nicht von der Wissenschaft "entdeckt", sondern von der Rechtsprechung am praktischen Fall entwickelt wurde und als Hilfsmittel zur praktischen Falllösung diente. Im einzelnen bestehen jedoch erhebliche Unterschiede zwischen den Theorien, was die subjektive Ehrlichkeit der rechtsfindenden Gerichte und was die Eignung der Theorien zur Rechtsfindung anbetrifft. Diesen Unterschieden werden wir nunmehr nachgehen.

2. Die Auffassung des KG

Das KG entwickelt seine Ansicht mit den herkömmlichen Mitteln der juristischen Hermeneutik⁷⁹⁾. Es erörtert zunächst ausführlich die Entstehungsgeschichte des § 1636. Schon hieraus kann es wertvolle Erkenntnisse gewinnen. Denn bereits in den Motiven zum BGB wird gesagt, daß der persönliche Umgang nicht völlig untersagt werden darf⁸⁰⁾. In einer gutachtlichen Äußerung zum Entwurf ist allerdings später vorgeschlagen worden, das Umgangsrecht davon abhängig zu machen, daß der Elternteil dessen würdig sei. Damit wollte man etwa Prostituierten die Umgangsbefugnis absprechen⁸¹⁾. Dieser Anregung ist die Kommission aber nicht gefolgt. In der weiteren Diskussion schließlich wurde noch beantragt, eine Bestimmung einzufügen, die dem Richter die Möglichkeit gibt, den Umgang ganz auszuschließen, wenn er dem Kind zu offenbarem Nachteil gereicht. Auch dieser Antrag wurde von der Mehrheit der Kommissionsmitglieder mit folgender Begründung abgelehnt: Zwar gebe es Fälle, in denen ein Umgang des Kindes mit dem von der Personensorge ausgeschlossenen Elternteil nicht wünschenswert sei. Der Richter werde jedoch in der Lage sein, durch sachgemäße Anordnungen über Zeit, Ort und Bedingungen des Verkehrs jeder Gefahr für das Wohl des Kindes vorzubeugen. Auch könne eine Bestimmung, daß das Gericht den Verkehr ganz ausschließen dürfe, zu großen Härten führen. Sie setze das Ansehen des Elternteils in nicht zu billigendem Maße herab und bringe dem Kind eigentlich erst den Fehler seines Elternteils zum Bewußtsein⁸²⁾. Die Kommission billigte gleichzeitig den ursprünglichen Entwurf, in dem nur vorgesehen war, daß der Richter die Art und Weise des Verkehrs "näher regeln" kann.

Schon die Entstehungsgeschichte des § 1636 und sein daraus interpretierter Wortlaut geben damit gute Gründe für die Auffassung des KG. Das Gericht ist aber mit dieser Argumentation noch nicht zufrieden. Es versucht weiter, das Wesen des Umgangsrechts zu bestimmen, um seine Auffassung zu vertiefen und zu festigen.

79) Zugrunde gelegt wird hier der entscheidende Beschluß KG, RJA 11, 254.

80) Motive zum BGB, S. 628.

81) Vgl. Gutachtl. Äußerungen zum BGB, S. 334.

82) Protokolle zum BGB, S. 449.

Unter dem Wesen des Umgangsrechts versteht das KG den inneren Ordnungsgedanken, der das Umgangsrecht beherrscht, den entscheidenden gesetzgeberischen Gesichtspunkt der Interessenbewertung, der der Vorschrift des § 1634 zugrunde liegt. Rechtstheoretisch betrachtet ist das Wesen also keine soziale Gegebenheit (auch nicht die der Blutsverwandtschaft), sondern allein die gesetzgeberische Wertung. Allerdings knüpft der gesetzgeberische Leitgedanke, wie ihn das KG versteht, an die Lebensgegebenheit der Blutsverbindung an. Wenn wir bedenken, daß der Gesetzgeber aus der Mannigfaltigkeit des Lebens auch andere Tatbestände zum leitenden Gesichtspunkt hätte erheben können, sehen wir, daß zwischen Sachverhalt und Bewertung differenziert werden muß, mögen beide auch praktisch nicht zu trennen sein.

Nach dem bisher Gesagten würde sich das Wesen des Umgangsrechts noch nicht prinzipiell von dem Wesen anderer Rechtsinstitute unterscheiden. Doch es geht dem KG noch um mehr, als nur darum, den gesetzgeberischen Leitgedanken zu nennen. Hinter dem Bemühen des Gerichts um Wesenserkenntnis steht das Wissen, daß eine Norm nicht isoliert betrachtet werden darf. Das Gesetz erschöpft sich nicht in Einzelanordnungen und Einzelwertungen, sondern steht vor einem weiteren Hintergrund tiefgreifender Ordnungsgesichtspunkte und Wertungsgrundsätze, die es zu erfassen gilt, wenn Probleme neu auftauchen, für die sich eine Lösung aus dem Gesetz nicht ohne weiteres entnehmen läßt⁸³⁾. Das Aufdecken der Grundwertungen führt weiter als eine isolierte Erhellung des Gesetzeszwecks. Der ratio legis kommt über den Einzeltatbestand hinaus keine weitere Bedeutung zu. Auch ist über das ethische Gewicht eines Gesetzeszwecks nichts ausgesagt. Die Grundwertungen hingegen sind zwar als ratio legis in der Norm enthalten und bestimmen deren Standort im Ordnungszusammenhang⁸⁴⁾, reichen jedoch, weil sie tieferen Rechtswerten verhaftet sind, über den Einzeltatbestand hinaus und wirken in einer Vielzahl von weiteren Fällen. Letztlich sind sie der Rechtsidee oder sonst einem oberen Grundsatz des Rechts verhaftet.

83) Vgl. Canaris, Lücken im Gesetz, S. 97.

84) Esser, Grundsatz und Norm, S. 52.

Eine solche Grundwertung ist es aber, die das KG darlegt. In bezug auf die Kernsätze, die die Auffassung des Gerichts kennzeichnen, ist dabei zu beachten, daß der Satz "Das Verkehrsrecht beruht auf der natürlichen Verwandtschaft" erst einen Teil der Aussage bildet. Er bedarf der notwendigen Ergänzung durch den Folgesatz "dieses bedingt, daß es nicht ausgeschlossen werden kann". Denn erst dieser gibt den eigentlichen Sinn wieder, den das Gericht mit der erstgenannten Charakterisierung verbunden hat: Die unzerstörbaren Blutsbande zwischen Elternteil und Kind müssen ihre Entsprechung in einer unentziehbaren Rechtsposition finden⁸⁵⁾.

Fragen wir uns, woher das KG diese Grundwertung nimmt. Aus dem Gesetz, also interpretativ, ist sie nicht allein gewonnen, wenngleich sich Wortlaut und Entstehungsgeschichte mit dieser Wertung vereinbaren lassen und das KG dadurch zur Erkenntnis und Formulierung des Prinzips angeregt worden sein mag. Zwischen einer Anregung durch das Gesetz und einer Ableitung aus dem Gesetz ist jedoch zu unterscheiden. Außerdem kann das Prinzip in den Fällen, in denen es um die Ausweitung des Anwendungsbereichs von § 1636 a.F. ging, sogar nur losgelöst von Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Gesetzessystematik der ausgelegten Norm ermittelt worden sein, da diese Auslegungsmittel über die Frage, ob auch Eltern ein Umgangsrecht erhalten, die das Personensorgerecht nicht durch Scheidung verloren haben, nichts ans Licht bringen. Vergewärtigen wir uns, daß die Aussage auch in dieser Entscheidung unverändert lautet: Der unzerstörbaren Blutsverwandtschaft muß eine unentziehbare Rechtsposition entsprechen. Daher muß auch den Eltern, denen das Gesetz im Falle des Sorgerechtsverlustes nicht ausdrücklich ein Umgangsrecht eingeräumt hat, von

85) Ähnliche Gedanken des BGB-Gesetzgebers sind auch im Erbrecht und im Namensrecht zu finden. So ließ der Gesetzgeber des BGB eine Generalklausel hinsichtlich einer Pflichtteilsentziehung der Eltern gegenüber Abkömmlingen - anders als gegenüber dem Ehegatten, § 2335 BGB - deshalb nicht zu, weil das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern "durch die Natur begründet sei und vollständig überhaupt nicht beseitigt werden könne" (vgl. Protokolle zum BGB, Band V, S. 553 f.). Zu den Auswirkungen des Blutsgedankens im Namensrecht habe ich in dem Aufsatz "Der Name des Kindes als Zeichen gestörter Familienverhältnisse" (StAZ 1974, 197 f.) eingehend Stellung genommen.

Rechts wegen ein solches gewährt werden. Es ist demnach sicher, daß das Kammergericht diesen Grundsatz schon als dem Gesetz selbst vorgegeben angesehen hat. Er gilt nach Ansicht des Gerichts unabhängig davon, ob er im Gesetz selbst zum Ausdruck gekommen ist. Die Verbindlichkeit folgt bereits aus dem natürlichen Elternrecht. Dies wurde zwar in den entscheidenden Entschlüssen nicht ausdrücklich erwähnt, doch besitzen wir - wie geschildert - dafür Belege in anderen Entscheidungen. Außerdem deutet die Diktion in den wegbereitenden Erkenntnissen darauf hin, daß das KG diesen Wertungsgrundsatz dem überpositiven Recht entnehmen zu können glaubte. Denn die untrennbare Verknüpfung zwischen Bluts- und Rechtsbeziehungen wird als selbstverständlich und keiner weiteren Begründung bedürftig dargestellt. Diese Erläuterungen können, das braucht nicht eigens betont zu werden, sinngemäß auch auf die zitierten Auffassungen zur Ersetzbarkeit der Einwilligung in die Adoption bezogen werden.

3. Die Auffassung des RG

Die wesentlichen Argumente des RG⁸⁶⁾ folgen aus dem gesetzlichen Zusammenhang der §§ 1636 und 1635, sowie aus dem Wortlaut des § 1636 (behält), aus dem sich nach Ansicht des RG "mit aller Deutlichkeit" ergibt, daß das Gesetz das Umgangsrecht als einen dem Ehegatten verbliebenen Rest der Personensorge auffaßt. Diese Begründung bildet das wesentliche theoretische Fundament zur Bestimmung der Rechtsnatur. Die den Beschluß wirklich tragenden Erwägungen folgen erst gegen Ende der Entscheidung. Sie werden mit dem Bemerkten eingeleitet, der Anerkennung eines Rechtsanspruchs in Fällen der hier in Betracht kommenden Art "würden auch schwere Bedenken sachlicher Art entgegenstehen". Die Bedenken werden - wie oben dargelegt - im einzelnen erläutert.

Betrachtet man die reine Fallentscheidung, ist an der Begründung des Urteils wenig auszusetzen. Mit den herkömmlichen Mitteln juristischer Auslegung - Wortlaut und Gesetzessystematik - wird die Lösung gefunden; die sachlichen Gründe, die für sie sprechen, werden genannt. Allerdings würden wir heute die sachlichen Motive,

86) RGZ 153, 238 f.

die, das dürfen wir unterstellen, letztlich die Entscheidung mehr als die formale Ableitung bestimmt haben, dahin rücken, wohin sie ihrem Gewicht nach gehören: in den Mittelpunkt der Argumentation. Da es jedoch leichter sein mag, die formale Folgerichtigkeit einer Wertung darzulegen als - de lege lata - ihre materielle Richtigkeit⁸⁷⁾, erscheint das Vorgehen des RG verzeihlich.

Doch wenden wir uns von der allgemeinen Untersuchung der Urteilsbegründung den Problemen zu, die mit der Bestimmung der Rechtsnatur des Umgangsrechts zusammenhängen. Hier ist zunächst zu fragen, wieso sich das RG überhaupt bemühte, das Wesen des Umgangsrechts zu bestimmen. Denn die vom Gericht niedergelegten Gründe vermögen die Entscheidung zu tragen, so daß die Ausführungen zur Rechtsnatur eigentlich überflüssig anmuten. Zwar war auch der auf Wortlaut und Entstehungsgeschichte gegründete Beschluß des KG bereits vollständig, so daß es auch dort nicht einer Erörterung der Rechtsnatur bedurft hätte. Doch rechtfertigte sich das Bemühen des KG daraus, daß die Darlegungen zum Wesen des Umgangsrechts wegen der Bezugnahme auf den überpositiven Gehalt eine "höhere Rechtfertigung" des eigenen Standpunktes bedeuteten und daher sicherlich nicht unnütz waren.

Betrachten wir demgegenüber die Entscheidung des RG, so sehen wir, daß es für das Urteil überhaupt nicht darauf ankommt, ob das Umgangsrecht ein Rest des Personensorgerechts ist oder nicht. Denn die Kennzeichnung als Rest der Personensorge vermag für einen Fall, in dem zu entscheiden ist, ob natürlichen Eltern, die das Umgangsrecht auf andere Weise als durch Scheidung verloren haben - etwa durch Adoption oder nach § 1666 -, ein Umgangsrecht verbleibt, nicht mehr auszusagen als eine Begründung aus dem Wortlaut und der Gesetzessystematik verbunden mit einer Darlegung, die die angestrebte Lösung auch im Ergebnis als sachlich angemessen erscheinen läßt. Denn "Rest des Personensorgerechts" bedeutet für die zu treffende Entscheidung nicht mehr, als daß Eltern, die das Personensorgerecht vor der Scheidung noch hatten, ein Umgangsrecht "nachher" behalten. Das ergibt sich

87) So Canaris, Systemdenken und Systembegriff, S. 100.

aber unmittelbar aus dem Gesetz. Eine Vertiefung der konkreten Fallösung bedeutet die Festlegung der Rechtsnatur also nicht, da sie hierfür nicht mehr besagt als das Gesetz selbst. In bezug auf die konkrete Fallentscheidung ist im "Rest des Personensorgerechts" also nur eine prägnante Formulierung des RG zur Verdeutlichung der eigenen Position gegenüber derjenigen des KG zu sehen.

Allerdings ist mit dem bisher Gesagten die Bedeutung der genannten Charakterisierung nicht ausgeschöpft. Denn nach der Intention des RG soll die Kennzeichnung generell - gesehen im Hinblick auf die Norminterpretation, nicht auf die konkrete Fallentscheidung - einen bestimmten weiteren Sinn besitzen. Das Umgangsrecht soll damit systematisch in das Personensorgerecht eingeordnet werden, so daß es sich nicht mehr als Einzelercheinung - als Umgangsrecht -, sondern als Teil eines größeren Ganzen - als Teil des Personensorgerechts - darstellt. Damit wird der Erkenntnis des Wesens aber auch eine Bedeutung für die praktische Fallentscheidung und mehr noch für potentielle künftige Fallentscheidungen beigelegt: Kann eine Frage nicht eindeutig aus § 1636 selbst beantwortet werden, sind nach der Auffassung der Richter die Vorschriften über das Personensorgerecht ergänzend heranzuziehen. Aus ihnen ist dann die Lücke zu schließen.

Es ist kein Rätsel, an welchen unregelmäßigen Fall das RG hierbei dachte. Denn das ist offensichtlich. Das Gericht hatte die Konstellationen im Auge, in denen es erwünscht ist, einen Eltern teil wegen einer Gefährdung des Kindes vom Umgang auszuschließen. Wenn die Vorschriften des Personensorgerechts herangezogen werden können, besteht dazu die Möglichkeit nach § 1666. So wurde denn auch - wie zitiert - in der dem RG nachfolgenden Rechtsprechung entschieden: "Das Umgangsrecht ist ein Rest des Personensorgerechts und daher einschränkbar und entziehbar wie dieses"⁸⁸⁾.

Wie die Lehre vom natürlichen Elternrecht sollte also auch die Lehre vom Restbestandteil der erklärten Absicht nach dem Ziel der Rechtsgewinnung in problematischen Fällen dienen. Doch be-

88) KG, JW 1938, 1334.

steht ein grundlegender Unterschied zwischen den beiden Auffassungen, den wir uns klarmachen wollen.

Das KG legt den von ihm gefundenen Grundsatz subjektiv ehrlich seiner Entscheidung als reale rechtsgestaltende Macht zugrunde. Die Normanwendung resultiert aus der Erkenntnis des im Hintergrund wirkenden Rechtswertes; dieser ist nicht nur vorgeschoben, um andere wirklich entscheidungserhebliche Überlegungen zu verdecken. Es besteht schon deshalb kein Grund, an der Methodenehrlichkeit zu zweifeln, weil sich - auch dem Gericht ersichtlich - zwangsläufig im Einzelfall unerwünschte Auswirkungen für das Kind aus seiner Auffassung ergeben, die die Richter wahrscheinlich gerne vermieden hätten, aber glaubten, um des "höheren Rechts" willen in Kauf nehmen zu müssen. Denn daß es erwünscht sein kann, den Umgang in manchen Fällen auszuschließen, war auch dem KG bewußt. Genauso war ihm klar, daß oft in den Fällen des Sorgerechtsverlustes nach den §§ 1666, 1673, 1680 - gesellschaftlich betrachtet - kein Bedürfnis nach einem Rechtsanspruch des Elternteils auf Umgang mit dem Kind bestehen wird. Um des höheren Grundes willen meinte es jedoch, auch dieses hinnehmen zu müssen.

Ganz anders hingegen sind die Ausführungen des RG zu beurteilen. Dem RG und der ihm folgenden Rechtsprechung kann die Erkenntnis der Rechtsnatur für die Falllösung nicht entscheidend gewesen sein. Das ergibt sich aus folgendem: Das Personensorgerecht, wie es im Gesetz in verschiedenen Vorschriften statuiert ist, ist nicht, wie das Prinzip der Unauflöslichkeit der Blutsbeziehung, Ausdruck eines konkret bestimmten Grundsatzes. Vielmehr ist das Sorgerecht eine Rechtserscheinung, die in ihrer Gesamtheit die verschiedensten Grundsätze in sich birgt. Mit der vom RG vorgenommenen Wesensbestimmung - also mit der systematischen Einordnung des Umgangsrechts in die Vorschriften des Personensorgerechts - könnte nur dann neues Recht erschlossen werden, wenn man sämtliche Rechtsprinzipien, die das Personensorgerecht beherrschen, übernehmen und für das eingeordnete Institut - also das Umgangsrecht - als verbindlich anerkennen könnte. Im Verhältnis von Umgangsrecht zu Personensorgerecht ist das jedoch schon deshalb nicht möglich, weil die Lebenstatbestände, die die beiden Rechts-

institute regeln sollen, in wesentlichen Beziehungen verschieden sind. Will man die Sachgerechtigkeit nicht mißachten, müssen die Tatbestände mindestens teilweise eine unterschiedliche Beurteilung erfahren.

So hat auch die Rechtsprechung stets unterschiedlich geurteilt. Das RG hat keineswegs alle Gedanken, die im Personensorgerecht vereinigt sind, übernommen, sondern nur die ihm genehmen. Aus der Wesenserkenntnis des Umgangsrechts heraus ist es den Richtern etwa nicht eingefallen, dem Umgangsberechtigten eine Pflicht zur Ausübung des Umgangsrechts aufzuerlegen, weil das Personensorgerecht die Pflicht notwendig einschließe. Damit haben sie den wesentlichen Rechtsinhalt, der das Personensorgerecht auszeichnet, der, wie wir heute wissen, sogar den untrennbaren Bestandteil dieses Rechts darstellt⁸⁹⁾, nicht übernommen. Ebenso lehnte es das RG beispielsweise ab, das Umgangsrecht der Ausübung nach für übertragbar zu erklären⁹⁰⁾, obgleich das Personensorgerecht unbestreitbar der Ausübung nach auf einen Dritten zu übertragen ist. Genauso wenig aber, wie zu erklären ist, weshalb in den beiden letztgenannten Fällen die Folgerungen aus der Rechtsnatur nicht gezogen werden, ist zu begründen, warum ihnen im Falle des § 1666 nachgegeben wird. Aus dieser Sicht ist es Willkür, einmal das System für die Rechtsschöpfung für verbindlich zu erklären und das andere Mal nicht.

Hiergegen kann man nicht einwenden, daß einer Verpflichtung zur Ausübung des Umgangsrechts - um das erstgenannte Argument aufzugreifen - der Wortlaut des § 1636 a.F. entgegenstehen würde (Befugnis, zu verkehren). Dieses Argument könnte ebenso angeführt werden, um eine Nichtanwendbarkeit des § 1666 zu begründen. Denn der Wortlaut des § 1636 hindert es auch, den Gedanken des § 1666 heranzuziehen. So nahm sogar das KG den Wortlaut des § 1636 Satz 2 a.F. zum Anlaß, um seine Ansicht von der Nichtausschließbarkeit des Umgangsrechts zu unterstützen. Es zeigt sich damit, daß man bei der Lehre vom Restbestandteil die verschiedenen

89) BVerfGE 24, 119 (143).

90) KGJ 49, 28 (29): Ein umgangsberechtigter Vater, der seinen Wehrdienst ableistete und daher während dieser Zeit am persönlichen Umgang gehindert war, wollte erreichen, daß seine Mutter, also die Großmutter des Kindes, statt seiner das Kind besuchen kann.

Gedanken, die hinter den Vorschriften des Personensorgerechts stehen, je nach dem gewünschten Ergebnis als geeignet heranziehen oder als unbrauchbar verwerfen kann. Die Auswahl kann nur treffen, der bereits weiß, welche Lösung erreicht werden soll, also nur derjenige, der bereits vorher in bestimmter Weise gewertet hat. So ist denn auch die Lösung des RG nicht von der Erkenntnis bestimmt worden, daß das Umgangsrecht ein Rest des Personensorgerechts sei, sondern allein davon, welche Auswirkung die Entscheidung auf das praktische Leben haben wird, also allein von dem Blick auf das Ergebnis. Das RG wollte eine Gefährdung des Kindes durch das Umgangsrecht vermeiden. Das war das Ziel. Hierzu suchte es dann die rechtliche Konstruktion, die die Möglichkeit bot, das Umgangsrecht der Eltern auszuschließen. Diese Möglichkeit wurde in der Lehre vom Restbestandteil gefunden, die es erlaubte, vermöge des Pauschalverweises auf die Vorschriften des Personensorgerechts auch die Bestimmung in Anspruch zu nehmen, deren Inhalt gedanklich anvisiert worden war (§ 1666)⁹¹⁾.

Zusammenfassend ist also zu sagen: Beide Theorien traten zwar mit dem Anspruch auf, es könnte mit ihnen neues Recht zur Lösung ungeregelter Lebenskonflikte erschlossen werden. Zugang zu neuen Erkenntnissen vermochte jedoch nur die Ansicht des KG zu vermitteln, weil sich nur in ihr eine konkrete Wertidee ausdrückte, nach der sich ein Ergebnis richten konnte. Die rechtliche Lösung wurde hier durch die Erkenntnis des Wesens des Umgangsrechts zum mindesten mitbestimmt.

Beim RG hingegen hat die Auffassung vom Wesen des Umgangsrechts die Rechtsschöpfung nicht beeinflußt. Vielmehr stand für das Gericht aufgrund praktischer Überlegungen des Kindesschutzes bereits fest, wie die Lösung des Problems auszusehen hatte, bevor es zur Konstruktion der Rechtsnatur schritt. Daß sich der Entscheidungsvorgang so verhalten haben muß, beruht nicht nur auf Vermutungen,

⁹¹⁾ Siehe bereits Beitzke, Familienrecht, § 27 VI, der den tieferen Grund für die einschränkende Regelung mit Recht darin sieht, daß sich das RG die Möglichkeit offenhalten wollte, einen ungeeigneten Elternteil vom Umgang auszuschließen. Vgl. auch Staudinger-Schwoerer, § 1634 Rz. 3.

sondern ist objektiv erweislich. Denn mit der Lehre vom Restbestandteil kann generell kein neues Recht erschlossen werden, weil das Personensorgerecht keine einheitliche Wertidee verkörpert, sondern die verschiedensten Rechtsprinzipien in sich einschließt, von denen der Rechtsanwender sich die passenden herausuchen und die unpassenden negieren kann.

Das Wesen des Umgangsrechts ist also - bei objektiver Betrachtung - beim KG die dem Umgangsrecht zugrunde liegende Rechtsidee, beim RG hingegen nur eine rechtliche Konstruktion, mit der ein gewünschtes Ergebnis begründet wird.

So sind denn auch die beiden Gerichte in unterschiedlicher Weise zu kritisieren. Das KG für die nach heutigen Maßstäben untragbare Lösung des Konflikts, das RG "lediglich" für sein methodisches Vorgehen, da seine Entscheidung sachlich richtig erscheint. Da wir an dieser Stelle jedoch nur die beiden Erklärungen zum Wesen des Umgangsrechts untersuchen und uns nur mit der Methode der Rechtsfindung befassen, bleibt die Kritik allein an der Lehre vom Restbestandteil haften, deren Eignung zur Rechtsgewinnung - was uns später bei der Auseinandersetzung mit den heutigen für die Lehre vom Restbestandteil vorgebrachten Argumenten noch beschäftigt wird - bestritten werden muß.

Es ist noch darauf hinzuweisen, daß, vom heutigen Standpunkt aus betrachtet, das RG auch methodenehrlich hätte vorgehen können. Denn auch das RG vertrat eine konkrete Rechtsidee, die es hätte nennen können. So war schon damals in den §§ 1666 und 1676 - heute auch in § 1634 Abs. 2 - der Ausdruck des allgemeinen Grundsatzes zu sehen, daß jedes Elternrecht bei Gefährdung des Kindeswohls auszuschließen ist. Dieser Grundsatz war aber damals - das ist zuzugeben - noch nicht so deutlich zu erkennen wie heute. Vielleicht war das RG auch noch so im begrifflichen Denken befangen, daß es glaubte, auf eine rechtliche Konstruktion unter Anknüpfung an den Gesetzeswortlaut ("behält") nicht verzichten

zu können⁹²⁾. Bei diesem Vorgehen hat das Gericht jedoch verkannt, daß der Gesetzeswortlaut als Ausgangspunkt einer dogmatischen Konstruktion ungeeignet ist: Der Gesetzgeber pflegt keine Erklärungen über rechtliche Konstruktionen abzugeben⁹³⁾.

IV. Die Auffassungen unter Berücksichtigung der Gesetzesänderungen

In der bisherigen Stellungnahme haben wir uns nur mit dem Wert der Theorien in der Vergangenheit befaßt. Nun wollen wir uns der Gegenwart zuwenden und auf den heutigen Sinn der genannten Lehren eingehen.

Hierzu ist es notwendig, sich die inzwischen eingetretenen Gesetzesänderungen zu betrachten. Im Jahre 1938 wurde § 1636 a.F. von § 82 EheG 1938 abgelöst. Die neue Vorschrift lautete: "Der Ehegatte, dem die Sorge für die Person des gemeinschaftlichen Kindes nicht zusteht, behält die Befugnis, mit ihm persönlich zu verkehren. Das Vormundschaftsgericht kann den Verkehr näher regeln. Es kann ihn für eine bestimmte Zeit oder dauernd ausschließen, wenn dies aus besonderen Gründen dem Wohl des Kindes dient." Die gegenüber § 1636 a.F. eingetretene Änderung in Satz 1, die daher rührt, daß an die Stelle der automatischen gesetzlichen Sorgerechtsregelung des § 1635 a.F. eine gerichtliche Sorgerechtszuteilung trat (§ 81 EheG 1938), wird uns nicht weiter interessieren. Bedeutsam ist hingegen der neu eingefügte Satz 3. Mit ihm war nunmehr ausdrücklich im Gesetz die Möglichkeit vorhanden, den persönlichen Umgang auszuschließen.

§ 82 EheG 1938 wurde unverändert als § 75 vom Ehegesetz 1946 übernommen. Eine sachliche Änderung brachte erst das Gleichberechtigungsgesetz vom 18.6.1957; mit ihm fand das Umgangsrecht unter

92) Vgl. zur früheren Gerichtspraxis Hecks Bericht aus seiner Referendarzeit (zitiert nach Esser, in: Philipp Heck, Das Problem der Rechtsgewinnung, S. 214: "Die hypothetische Norm war sicher, aber über ihr hing das damals gefürchtete Damoklesschwert "nicht konstruierbar". ...bis mir die Einsicht kam, daß das ganze Konstruktionsbedürfnis auf der alten Theorie der Begriffskausalität beruhe...")

93) Siehe Canaris, AcP 1965 (165), 14.

§ 1634 mit dem derzeitigen Wortlaut wieder Eingang in das BGB. Gegenüber § 75 EheG 1946 sind folgende Unterschiede zu verzeichnen: § 1634 ist aus dem Zusammenhang der Vorschriften über die Verteilung der elterlichen Sorge nach Scheidung der Ehe gelöst (§ 1671) und damit in allen Fällen anwendbar geworden, in denen einem Elternteil die Sorge für die Person des Kindes nicht zusteht (also auch in den Fällen der §§ 1666, 1673, 1676, 1765 i.d.F. des Gleichberechtigungsgesetzes)⁹⁴⁾. Außerdem sind in § 1634 Abs. 2 S. 2 die Voraussetzungen für den Ausschluß des Umgangsrechts (zumindest) verbal geändert worden.

Aus neuester Zeit sind Gesetzesänderungen erwähnenswert, die allerdings nicht § 1634, sondern nur Sonderfälle des Umgangsrechts betreffen. Durch das NichteheG vom 19.8.1969 wurde dem Vater eines nichtehelichen Kindes erstmals unter bestimmten engen Voraussetzungen eine Möglichkeit zum persönlichen Umgang gegeben (§ 1711). Ebenfalls durch das NichteheG wurde § 1765 geändert: seit dieser Zeit haben die leiblichen Eltern aufgrund gesetzlicher Anordnung im Falle einer Adoption des Kindes keine Befugnis zum persönlichen Umgang mehr. Das Gesetz über die Annahme als Kind vom 2.7.1976 hat an dieser Regelung für die Minderjährigenadoption, die in diesem Zusammenhang allein interessiert, nichts geändert, denn mit der Adoption erlöschen heute sämtliche Rechtsbeziehungen zwischen dem Kind und seinen leiblichen Verwandten (§ 1755 Abs. 1 n.F.). Die genannten Vorschriften werden uns noch bei der Auseinandersetzung mit der Lehre vom natürlichen Elternrecht beschäftigen. Desgleichen werden dann auch die Änderungen interessieren, die die Sorgerechtsreform bei § 1634 voraussichtlich bringen wird: hier ist vornehmlich erwähnenswert, daß das Umgangsrecht künftig gegen den Willen des Kindes, das das vierzehnte Lebensjahr vollendet hat oder das nach seinem Entwicklungsstand zu einer selbständigen Beurteilung fähig ist, nicht ausgeübt werden darf (§ 1634 Abs. 1 S. 2 RegE).

94) Ob in den beiden letztgenannten Fällen, ist umstritten, jedoch nicht aus Gründen, die mit der systematischen Einordnung des § 1634 zusammenhängen. Bezüglich § 1765 Abs. 1 a.F. ist der Streit seit dem NichteheG gesetzlich entschieden, in bezug auf § 1676 dauert er an (siehe Erman-Ronke, § 1634 Rz. 5). Treffend zu den Problemen um § 1676: Evan-von Krbek, ZBlJugR 1976, 45 f.

Verdeutlichen wir uns zunächst ganz allgemein, wie eine bestehende Lehre durch eine gesetzliche Veränderung beeinflusst werden kann. Eine Änderung des Gesetzes wird sich meist in irgendeiner Weise auf eine Theorie, die der Bewältigung des vergangenen Gesetzes diene, auswirken. Durch die Wandlung des Gesetzes geht nämlich oft die alte Basis verloren und der Gegenstand der Erkenntnis wird damit ein anderer. Allerdings ist nicht gesagt, daß sich eine Gesetzesänderung immer nachteilig auf die Stimmigkeit einer Lehre auswirken muß. Denn ein Gesetz entsteht nicht im luftleeren Raum, sondern greift auf vorhandene Vorstellungen zurück. Mitunter werden so Gedanken einer bestehenden Lehrmeinung positiviert. Diese Lehre erfährt damit ihre Bestätigung. Andere Auffassungen, die der bevorzugten Lehre entgegenstehen, müssen - oder müßten eigentlich - nunmehr aufgegeben werden, weil sie nicht mehr mit der neuen gesetzlichen Situation übereinstimmen⁹⁵⁾. Folgen nun gar mehrere Gesetzesänderungen aufeinander, so werden möglicherweise - je nachdem, welche Gedanken im Gesetz zum Zuge kommen - einige Auffassungen bestätigt, während andere nicht mehr zutreffen.

Dieses Geschehen ist an den hier zu behandelnden Theorien deutlich zu verfolgen. Wir gehen in der Weise vor, daß wir den Einfluß der Gesetzesänderungen auf jede der Ansichten gesondert untersuchen. Bei dieser Erörterung wird gleichzeitig der Sinn der Lehren in der Gegenwart eingehend geprüft. Dabei soll auch auf die Argumente der heutigen Vertreter der genannten Auffassungen eingegangen werden. Wir beginnen mit der Untersuchung der Lehre vom Restbestandteil, weil hier weniger weit ausgeholt werden muß als bei der Gegenansicht.

95) Rümelin, ARWPh 16, 353.

2. Kapitel: Die Lehre vom Restbestandteil in der Gegenwart

I. Der Einfluß der gesetzlichen Änderung auf die Beurteilung der Lehre vom Restbestandteil

Das Jahr 1938 hat der Lehre vom Restbestandteil - so erscheint es zunächst jedenfalls - Gewinn gebracht: ist doch mit der Einführung der Ausschlußmöglichkeit das eigentliche Anliegen dieser Auffassung im Gesetz verwirklicht worden. Der innere Gehalt dieser Lehre hat sich damit als zukunftsfruchtbar und rechtspolitisch wirksam erwiesen. Für die Lehre selbst bringt das den Vorteil, daß sie nunmehr im Gesetz eine weitere Stütze erhält und damit sogar den neuen Gesetzeszustand besser zu erklären vermag als denjenigen, unter dem sie gebildet worden ist. Dogmatisch ist also gewiß ein Fortschritt erzielt worden. So wird denn auch heute als ausdrückliches Argument für die Richtigkeit der Auffassung vom Restbestandteil angeführt, daß man mit ihr den Ausschluß der Umgangsbefugnis "als geradlinige Fortsetzung des § 1666"⁹⁶⁾ verstehen könne. Hierauf werden wir später noch eingehen. Jetzt wollen wir nur fragen, mit welchen Verlusten dieser Verständnissgewinn erkaufte worden ist. Denn mit der gesetzlichen Fixierung des Ausschlusses hat die Lehre jedenfalls ihre Aufgabe bei der konkreten Fallentscheidung, die jetzt unmittelbar aus dem Gesetz erschlossen werden kann, eingebüßt. Zwar war der Anspruch auf Rechtsschöpfung, mit dem die genannte Ansicht aufgetreten war, zurückzuweisen. Eine legitime Begründungsfunktion für die anderweitig gefundene Lösung hat die Lehre indessen besessen und war deshalb gewiß nicht ohne Wert, wenngleich dieser geringer war als beansprucht. Von einem praktischen Faktor im Rechtsleben ist sie damit zu einem bloßen Mittel der Klassifikation herabgesunken. Freilich rechtfertigt es dieser Funktionsverlust keineswegs - nimmt man ihn alleine - die Lehre vom Restbestandteil aufzugeben. Doch muß man sich die Einbuße vor Augen führen, weil sie im Zusammenwirken mit anderen noch darzulegenden Umständen geeignet ist, das Gesamtbild der Lehre in der heutigen Zeit zu verdüstern.

96) Gernhuber, Lehrbuch, § 53 III 1.

Bezüglich der Lage, die durch das Gleichberechtigungsgesetz für die Lehre vom Restbestandteil entstanden ist, dürfen wir feststellen: Diese Gesetzesänderung ist nicht der Lehre entsprungen. Mit der Auffassung vom Restbestandteil war in der Vergangenheit dargetan worden, daß es sich beim Umgangsrecht um ein auf den Fall der Scheidung beschränktes Sonderrecht handelt; die neue Vorschrift (§ 1634) gilt aber - wie auch von den heutigen Vertretern der Lehre anerkannt wird - in allen Fällen des Sorgerechtsverlustes⁹⁷⁾. In dieser Hinsicht hatte also das rechtspolitische Bemühen, das hinter der Theorie stand, keinen Erfolg.

Hier soll allerdings nicht so sehr interessieren, daß damit dem praktischen Anliegen der Lehre vom Restbestandteil nicht im neuen Gesetz entsprochen wurde. Vielmehr wollen wir uns nur mit dem inneren Verlust - also dem an Begründung - beschäftigen, den die Änderung des Gesetzes für die noch heute vertretene Theorie mit sich brachte.

Zweierlei ist bemerkenswert:

Die Lehre vom Restbestandteil fand ihre Begründung u.a. in der systematischen Stellung des § 1636 a.F. § 1636 regelte die Rechtsstellung des Elternteils, "dem das Sorgerecht nach § 1635 nicht zusteht" und bestimmte für diesen Elternteil, daß er eine Befugnis zum persönlichen Umgang "behält". Dabei erschienen der früheren Rechtsprechung die Worte "nach § 1635 nicht zusteht" wesentlich: mit diesen Worten sei nicht gesagt, daß der Elternteil das Personensorgerecht überhaupt (generell) verloren habe, sondern nur, daß er es nicht nach § 1635 "erhalten" habe. So gesehen, konnte die Judikatur die §§ 1635 und 1636 als einen einheitlichen Komplex von Vorschriften auffassen, die regeln, was mit der elterlichen Sorge eines jeden der beiden Elternteile geschieht: der eine Elternteil behält sie ganz, der andere - mit dem Umgangsrecht - einen Teil davon. Die dem § 1636 a.F. folgenden §§ 81, 82 EheG 1938 und §§ 74, 75 EheG 1946 standen in ähnlichem Verhältnis zueinander, nur daß jetzt die Sorgerechtsverteilung vom Richter statt vom Gesetz vorgenommen wurde.

97) Siehe Gernhuber, Lehrbuch, § 61 II 15.

Heute hingegen bestimmt der Richter nach § 1671, welchem Elternteil das Personensorgerecht nach der Ehescheidung belassen wird⁹⁸⁾. § 1634, der regelt, was mit dem anderen Elternteil geschieht, ist dem gesetzlichen Standort nach nunmehr von § 1671 gelöst. Damit ist aber der äußere Zusammenhang mit dem Sorgerecht nicht mehr so evident, daß gesagt werden könnte, § 1671 regle, was mit dem Sorgerecht des einen Elternteils geschehe (es werde ihm belassen) und § 1634, wie es mit dem des anderen Elternteils stehe (ihm verbleibe ein Rest). Allerdings darf man den fehlenden räumlichen Zusammenhang zwischen den beiden Vorschriften auch nicht überbewerten⁹⁹⁾. Der sinnmäßige (innere) Zusammenhang zwischen den beiden Bestimmungen könnte trotz räumlicher Trennung der gleiche geblieben sein wie der zwischen § 1635 a.F. und § 1636 a.F. Untersuchen wir, ob er es tatsächlich ist.

§ 1634 ist heute nicht mehr nur die ergänzende Vorschrift zu § 1671 - wie es früher § 1636 a.F. zu § 1635 a.F. gewesen war -, sondern in gleicher Weise zu den §§ 1666, 1673, 1676, 1678 und - bis zum Nichtehechengesetz - § 1765 a.F. Auch mit den letztgenannten Paragraphen steht § 1634 dadurch in einer inneren Verbindung: § 1634 greift ein, wenn diese Tatbestände vorliegen. Das Verhältnis dieser Vorschriften zu § 1634 ist aber völlig anders als das des § 1671 zu § 1634. Das bedeutet aber, daß sich hier das innere Systemargument - gewissermaßen die letzte Bastion, nachdem die Lehre aus dem äußeren System vertrieben wurde - auch nicht halten läßt. Denn während sich bei § 1634 und § 1671 BGB zwei Elternteile gegenüberstehen und von dem einen Elternteil gesagt werden könnte, über das, was mit seinem Personensorgerecht geschehen sei, sei ausdrücklich noch nichts bestimmt, befaßt sich § 1634 - gesehen als Pendant zu den §§ 1666, 1676 und 1765 Abs. 1 a.F. - mit ein und demselben Elternteil: von ihm wird festgestellt, das Personensorgerecht sei ihm bereits "entzogen"

98) § 1671 spricht zwar von "übertragen", damit ist jedoch nur ein "Verbleiben" gemeint, da durch die Scheidung allein noch kein Elternteil das Sorgerecht verliert.

99) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 313.

(§ 1666)¹⁰⁰⁾, es sei von ihm "verwirkt" worden (§ 1676), er habe es "verloren" (§ 1765 Abs. 1 i.d.F. des Gleichberechtigungsgesetzes). Wenn das Gesetz aber in diesen Fällen schon voraussetzt, das Personensorgerecht sei nicht mehr vorhanden, ist die Ansicht nicht zu vertreten, das Umgangsrecht sei ein Rest jenes Rechts.

Jedenfalls in den eben genannten Fällen ist das Umgangsrecht also kein Rest des Personensorgerechts, weil das Personensorgerecht dem Elternteil schon vorher genommen wurde. Das läßt sich auch am geänderten Wortlaut von § 1634 zeigen. Dort heißt es nunmehr generell, daß der Elternteil, "dem die Sorge für die Person des Kindes nicht zusteht", ein Umgangsrecht behält. Hier wird also, im Gegensatz zum früheren Rechtszustand, bei dem nur die Rede davon war, daß dem Elternteil das Personensorgerecht "nach § 1635 nicht zusteht", was nach dem Verständnis der früheren Rechtsprechung bedeutete, daß er es nicht erhalten hat, auch positiv vorausgesetzt, daß der Elternteil das Personensorgerecht nicht mehr besitzt.

Verdeutlichen wir die Rechtslage mit anderen Worten: In Gegenüberstellung zu den §§ 1671, 1672 hat der Wortlaut "nicht zusteht" - ebenso wie früher im Verhältnis von § 1635 zu § 1636 a.F. - nicht zwingend die Bedeutung, daß der Elternteil das Sorgerecht nicht mehr innehat. Hier mögen die Worte nur heißen, daß der Elternteil die Sorge für die Person des Kindes nicht nach den §§ 1671, 1672 erhalten hat. Da § 1671 sich bei dieser Sicht nur mit dem Verbleib des Personensorgerechts bei dem einen Elternteil beschäftigt und nicht mit der Wegnahme des Personensorgerechts vom anderen, ist die Ansicht vertretbar, daß sich die Antwort hinsichtlich des anderen Elternteils aus § 1634 ergibt: dort ist gesagt, wieviel dem Elternteil vom Personensorgerecht verlorenggeht und wieviel er behält.

In Gegenüberstellung zu den Vorschriften der §§ 1666, 1676 - vor

100) § 1666 Abs. 2 sagt, das Vormundschaftsgericht könne dem Elternteil "auch" die Vermögensverwaltung "entziehen". Hieraus ist zu schließen, daß es sich auch in Abs. 1 um eine Entziehung handelt.

dem NichteheLG auch zu § 1765 Abs. 1 - erscheint der Wortlaut des § 1634 aber eindeutig. Hier bildet er die genaue Entsprechung zu Bestimmungen, nach denen dem jetzt umgangsberechtigten Elternteil das Personensorgerecht genommen wurde.

Mit der Erkenntnis über das Verhältnis des § 1634 zu den §§ 1666, 1676 ausgestattet, ist aber nochmals zu prüfen, in welcher Beziehung § 1634 zu den §§ 1671, 1672 steht. Es wurde schon angedeutet, daß die vorerwähnte Interpretation der letztgenannten Vorschriften nicht die einzig mögliche ist. Eine andere Deutung, mit der wir uns jetzt befassen wollen, erscheint unter systematischer Betrachtung sogar noch richtiger. Das Ziel soll sein, damit zu einer einheitlichen Wortbedeutung des § 1634 zurückzufinden: wenn es in § 1634 heißt, daß dem Elternteil das Personensorgerecht nicht zusteht, soll das einheitlich den Sinn haben, daß es verlorengegangen ist, also auch im Fall der Scheidung oder Ehetrennung. Denn es kann auch die Auffassung vertreten werden, in den §§ 1671, 1672 werde geregelt, wer das Personensorgerecht zugeteilt erhält - also behält - und gleichzeitig, wer es verliert. Hierfür spricht, daß mit der Sorgerechtszuteilung nach den §§ 1671, 1672 an den einen Elternteil das gerichtliche Verfahren beendet ist. Das Umgangsrecht steht von da an dem anderen Elternteil ohne weitere Bestimmung gesetzlich zu. Ausdrücklich entzogen wird dem umgangsberechtigten Elternteil die elterliche Sorge nicht mehr, nach unserer Ansicht deshalb nicht, weil die Entziehung in der Sorgerechtszuteilung an den anderen Elternteil liegt. Außerdem erscheint es auch plausibler, daß die Entziehung des Sorgerechts mit der sichtbaren Handlung der Sorgerechtszuteilung zusammenfällt als mit einem fiktiven Akt der gesetzlichen Teilentziehung nach § 1634.

Für die eben geschilderte Auffassung spricht schließlich auch die Lebensübereinstimmung. Die Realitäten des "Behaltens" zeigen sich bei allen Vorschriften über den Sorgerechtsentzug in gleicher Weise. Man kann nur dann zwischen der Beziehung, die von § 1666 zu § 1634 und von § 1671 zu § 1634 besteht, unterscheiden, wenn Unterschiede auch in der Lebenswirklichkeit vorhanden sind. Es müßte also in den sozialen Sachverhalten sichtbar sein, daß der Elternteil in einen Fall das Sorgerecht nicht ganz, sondern nur

bis auf das Umgangsrecht verloren hat (§§ 1671/1634), und daß er es im anderen Falle vollständig verloren und erst später wieder erhalten hat (§§ 1666/1634). In den Lebenstatbeständen ist aber kein Unterschied ersichtlich. Wenn im ersten Fall der Richter nach der Scheidung einem Elternteil das Sorgerecht zuweist, verliert es der andere. Es entsteht für ihn das gleiche Umgangsrecht wie im zweiten Fall für den Elternteil, dem durch eine gerichtliche Entziehung das Sorgerecht verlorengeht. Wenn aber in der sozialen Wirklichkeit keine Unterschiede vorhanden sind, können auch in der rechtlichen Interpretation vernünftigerweise keine gemacht werden. Es ist also davon auszugehen, daß das Sorgerecht in jedem Falle bereits vollständig verlorengegangen ist, bevor das Umgangsrecht entsteht. Damit ist aber heute die Lehre vom Restbestandteil nicht mehr richtig. Nicht nur die äußere Gesetzessystematik, sondern auch der innere Bedeutungszusammenhang der Normen spricht nunmehr gegen diese Auffassung, außerdem auch noch der Wortlaut des § 1634 Abs. 1 S. 1 (nicht zusteht), der darauf hindeutet, daß der Elternteil das Personen-sorgerecht nicht mehr besitzt.

Einige Anhänger der Lehre vom Restbestandteil folgen der sog. Substanztheorie¹⁰¹⁾. Die Substanztheorie besagt, daß ein Elternteil die elterliche Sorge niemals vollständig, sondern immer nur der Ausübung nach verlieren kann. Die Substanz der elterlichen Sorge bleibt also immer erhalten. Eine Ausnahme machen allerdings manche für den Fall, daß die elterliche Sorge verwirkt wird. Hier soll auch die Substanz verlorengehen¹⁰²⁾.

Die Frage stellt sich nun, ob es vielleicht mit der Substanztheorie gelingt, die Diskrepanz zum Verschwinden zu bringen, die darin besteht, daß das Personensorgerecht einerseits genommen wird, andererseits aber als Restbestandteil verblieben sein soll. Von der Substanztheorie aus besehen liegt folgender Erklärungs-

101) Vgl. Staudinger-Göppinger, Rz. 36 f. vor § 1666; W. Becker, Anm. zu LG Hamburg, FamRZ 1971, 587 (589).

102) Beitzke, FamRZ 1958, 9; Erman-Ronke, Rz. 4c vor § 1626; Palandt-Lauterbach, 31. Aufl., Anm. 5 vor § 1626; RGRK (Scheffler), Anm. 7 vor § 1626; Soergel-Siebert-Lange, § 1626 Rz. 4; Bosch, FamRZ 1959, 379. Mit Recht kritisch Gernhuber, Lehrbuch, § 5 IV 4.

versuch nahe: Das Personensorgerecht ist zwar der Ausübung nach vollständig verlorengegangen. Da jedoch die Substanz erhalten geblieben ist, beruht das Umgangsrecht auf der Substanz, ist ein Teil der Substanz des Sorgerechts.

Dagegen ist allerdings folgendes einzuwenden: Das RG als der frühere Vertreter der Lehre vom Restbestandteil hat zwar von einem Unterschied zwischen Substanz und Ausübung noch nichts gewußt. Würde man aber die Ansicht des RG in die besagte Terminologie übertragen, so wäre das Umgangsrecht ein Restbestandteil der Ausübung, nämlich ein Teil des sichtbaren Personensorgerechts, wie es sich im tatsächlichen Umgang der sorgeberechtigten Eltern mit ihren Kindern während des Bestehens der Ehe früher zeigte, gewiß aber nicht ein Überbleibsel einer fiktiven unsichtbaren Sorge. Und trotz der seit der Rechtsprechung des RG vergangenen Zeit ist das Umgangsrecht auch inzwischen nicht zu einem solchen Überbleibsel geworden. Eine derartige Wandlung müßte sich zumindest aus dem Gesetz ersehen lassen, was aber nicht der Fall ist. Die Substanztheorie bringt hier keinen Gewinn.

Übrigens stellen auch die Anhänger der Substanztheorie - soweit sie sich äußern - derartige Erwägungen nicht an. So schreibt Göppinger: "Das Verkehrsrecht setzt voraus, daß die elterliche Gewalt nicht ausgeübt wird, ..." ¹⁰³⁾. Hiermit verbindet er also offenbar die Vorstellung, das Personensorgerecht sei der Ausübung nach zunächst nicht mehr vorhanden. Später erst wird es nach der Vorstellung Göppingers dann zu einem Teil zurückgewährt. "So bedeutet die Verkehrsregelung des Gerichts dann auch eine teilweise Übertragung der Ausübung des Sorgerechtes in einer bestimmten Richtung an den Elternteil, der die elterliche Gewalt verwirkt hat" ¹⁰⁴⁾.

Auch die Anhänger der Substanztheorie klären also nicht darüber auf, wie der Rest der Personensorge verblieben sein kann. Selbst

103) Staudinger-Göppinger, Rz. 37 vor § 1666.

104) Staudinger-Göppinger, Rz. 37 vor § 1666. Göppinger ist auch bei der Verwirkung der Ansicht, diese beinhalte nur einen Verlust der Ausübung nach. Er behandelt diesen Fall also wie den des § 1666. Daher sind seine Ausführungen auch auf § 1666 und die übrigen Fälle des Sorgerechtsverlustes zu beziehen.

nach den Vorstellungen der Vertreter dieser Lehre handelt es sich gesetzlich um eine Wegnahme und Rückübertragung. Die Diskrepanz zwischen Vorstellung und Inhalt der Theorie wird nicht gesehen. Die Vertreter der Substanztheorie richten den Blick nur auf den Inhalt des Umgangsrechts, das ihnen danach als Rest des Personensorgerechts erscheint. Sie berücksichtigen jedoch nicht den Vorgang der Ablösung des Umgangsrechts vom Personensorgerecht, der - geschichtlich gesehen - die Basis dieser Theorie bildete und ihr den Namen gab¹⁰⁵⁾.

II. Die heutige Begründung der Lehre vom Restbestandteil

Betrachten wir nun, mit der Kenntnis der gesetzlichen Änderungen versehen und mit der Bedeutung dieser Veränderungen vertraut, die Darlegungen der heutigen Vertreter der Lehre vom Restbestandteil. Gernhuber hat die Lehre vom Restbestandteil am eingehendsten begründet. Wir setzen uns daher zunächst mit seinen Argumenten auseinander. Später sollen ergänzend weitere Begründungen aus dem Schrifttum herangezogen und auf ihre Stichhaltigkeit hin untersucht werden.

Gernhuber schreibt zunächst: "Überzeugend ist allein die Deutung als Rest des Personensorgerechtes. Der Standort im Gesetz und der Normtext weisen in diese Richtung, aber auch der fugenlose Übergang vom Recht zum persönlichen Verkehr als integrierendem Bestandteil der Personensorge zur verbleibenden Befugnis nach Fortfall des Sorgerechts in seinen anderen Ausprägungen"¹⁰⁶⁾.

1. Der Standort im Gesetz

Die Berufung auf Stellung und Wortlaut des § 1634 leuchtet angesichts des in dieser Arbeit bereits Dargelegten zunächst nicht ein. Doch Gernhuber stellt auf andere gesetzliche Merkmale ab als auf die hier genannten. Er hebt die unmittelbare Nachbarschaft

105) Die Geringschätzung dieses Moments durch die Anhänger der Substanztheorie erklärt sich allerdings auch daher, daß diese ohnehin den Gesetzeswortlaut des BGB für unrichtig (weil nicht mit dem GG übereinstimmend) halten (siehe Beitzke, FamRZ 1958, 10).

106) Gernhuber, Lehrbuch, § 53 III 1.

des § 1634 zu den §§ 1631, 1632, 1633 BGB hervor (sämtliche Paragraphen befassen sich mit dem Personensorgerecht), auch spricht er wahrscheinlich die Titelüberschrift vor den §§ 1626 ff. (Elterliche Gewalt über eheliche Kinder) an.

Kann man aber - um den erstgenannten Hinweis Gernhubers aufzunehmen (Stellung des § 1634) - aus der Standortnähe ein systematisches Argument gewinnen, wenn man die gesetzliche Entwicklung kennt? Denn es sieht doch eher so aus, als sei der systematische Zusammenhang des Umgangsrechts mit dem Sorgerecht, der früher einmal über § 1635 a.F. bestand, heute nicht mehr vorhanden. Die Frage bleibt offen, wie angesichts dieser Tatsache zu begründen ist, daß die §§ 1631, 1632, 1633 und 1634 in einem inneren Verhältnis zueinander stehen und nicht, wie hier versucht wurde darzulegen, abgegrenzt nebeneinander. Die Vertreter der Lehre vom Restbestandteil geben darauf keine Antwort. Ob sich eine finden läßt, erscheint fraglich. Denn der Wortlaut des § 1634 Abs. 1 Halbsatz 1, mit dem wir uns bereits beschäftigt haben, spricht gegen einen Zusammenhang des Umgangsrechts mit dem Personensorgerecht. Der zitierte Halbsatz "dem das Personensorgerecht nicht zusteht" schafft deutlich die Abgrenzung zu den §§ 1631, 1632, 1633: in diesen Paragraphen ist das Personensorgerecht geregelt, in jenem Paragraphen - § 1634 - ein anderes Recht. Das läßt sich - auch vom Inhalt der Vorschriften her betrachtet - begründen. § 1631, die grundlegende Norm der genannten Dreiergruppe, beschreibt einen anhaltenden Rechtszustand und erläutert den Inhalt des Dauerrechts. Solange der Zustand anhält - normalerweise von der Geburt bis zur Volljährigkeit des Kindes - besitzen die Eltern dieses Recht. Die §§ 1671, 1666, 1676 hingegen haben nur einen singulären Vorgang im Auge: den Verlust der elterlichen Sorge bzw. der Personensorge bei mindestens einem Elternteil. § 1634 hingegen bezeichnet wieder einen Dauerzustand: der Elternteil bzw. ein Elternteil hat nach dem Verlust des Sorgerechts nur noch das Umgangsrecht als Dauerrecht. Damit erscheint das Umgangsrecht aber als Pendant des Sorgerechts und ist ihm gegenüber durch die genannte Zäsur (§§ 1671, 1666, 1676) deutlich abgegrenzt.

Angesichts dieser Rechtslage kann auch die Berufung auf die Titel-

Überschrift nicht überzeugen. Wenn schon die innerhalb des Titels befindlichen Vorschriften, die § 1634 räumlich nahestehen und das Personensorgerecht unmittelbar behandeln, keine Verbindung zwischen Umgangsrecht und Personensorgerecht schaffen können, kann es auch die Titelüberschrift nicht. Wie eine Durchsicht der einzelnen Bestimmungen des Titels zeigt, handelt es sich keineswegs immer um Vorschriften, die sich mit dem Inhalt der elterlichen Sorge und ihren einzelnen Bestandteilen befassen, sondern - wie zitiert - auch um Bestimmungen, in denen der Verlust der elterlichen Sorge geregelt ist. Im Zusammenhang damit liegt es aber für den Gesetzgeber nahe, auch im gleichen Titel über die Frage zu befinden, was geschehen soll, wenn dem Elternteil die elterliche Sorge bzw. das Personensorgerecht genommen werden muß, ohne daß das eine unmittelbare Beziehung zur Titelüberschrift haben muß. Diese kann überdies - wenn sie so vielfältige Vorschriften in sich vereint - notgedrungen nur ganz allgemein sein. So ist denn auch in diesem Gesetzestitel alles geregelt, was mit der elterlichen Sorge über eheliche Kinder nur irgendwie zusammenhängt. Neben den Vorschriften über den Inhalt der elterlichen Sorge und über die Voraussetzungen ihres Verlustes findet sich auch eine Bestimmung, die besagt, wie sich der Verlust der elterlichen Sorge auf die Rechtsstellung des Elternteils auswirkt, welches Recht der Elternteil nach der verlorengegangenen elterlichen Sorge noch besitzt.

Das Standortargument kann also nicht überzeugen, weil Sorgerecht und Umgangsrecht trotz der bestehenden räumlichen Nähe inhaltlich - wie sich aus dem Wortlaut des § 1634 erweist - deutlich voneinander abgegrenzt sind. Auch spricht, wie erwähnt, der Blick auf die historische Entwicklung gegen eine Begründung aus dem System, weil der innere Zusammenhang des Umgangsrechts mit dem Sorgerecht, der über § 1635 a.F. früher bestand, heute nicht mehr vorhanden ist.

2. Der Wortlaut des Gesetzes

Nicht besser aber steht es mit der Berufung auf den Wortlaut des § 1634. Wie das RG verweisen nahezu alle Vertreter der Lehre vom Restbestandteil darauf, daß der umgangsberechtigte Elternteil

nach dem Gesetz die Befugnis zum persönlichen Umgang "behält". Doch wurde schon vor längerer Zeit von anderer Seite richtig bemerkt, daß dieses Wort nicht zwingend die Bedeutung besitzt, die ihm üblicherweise beigemessen wird: "behält" muß keineswegs heißen, daß dem umgangsberechtigten Elternteil das Umgangsrecht auf der gleichen Rechtsgrundlage verbleibt wie bisher¹⁰⁷⁾. Zweifel erscheinen besonders berechtigt, wenn man den Wortlaut des § 1634 Abs. 1 Halbsatz 1 zugrunde legt, nach dem immerhin vorausgesetzt ist, daß dem Elternteil das Personensorgerecht "nicht zusteht". Nach der Lehre vom Restbestandteil soll im gleichen Satz aber in unmittelbarem Anschluß daran zu lesen sein, daß der Elternteil einen Rest des Personensorgerechts "behält". Bei diesem Verständnis des Wortes "behält" besteht somit ein Widerspruch zwischen den beiden ersten Halbsätzen des § 1634 Abs. 1. Dieser Widerspruch läßt sich zwar überbrücken, aber doch nur dadurch, daß man den Gesetzeswortlaut im Geiste ergänzt (behält - vom Personensorgerecht indessen - die Befugnis, mit dem Kinde zu verkehren). Damit ergibt sich das eigentliche Argument aber noch nicht aus dem Gesetzeswortlaut, sondern erst aus der selbstvollzogenen Vervollständigung des Gesetzes, zu welcher das Wort "behält" nicht mehr als eine Anregung bietet.

Da somit - folgt man der Lehre vom Restbestandteil - der Wortlaut des einen Teils der Vorschrift im Widerspruch zu einem anderen Teil derselben Vorschrift steht, dieser Widerspruch sich zwar durch eine Ergänzung des Gesetzes überwinden läßt, die Berechtigung einer Ergänzung aber nicht dargetan ist, wird der Lehre jedenfalls dann nicht zu folgen sein, wenn sich eine Erklärung geben läßt, die eine Ergänzung des Gesetzes überflüssig macht und einen Widerspruch innerhalb derselben Norm vermeidet. Hierzu ist es aber lediglich notwendig, darauf zu verzichten, aus dem Wort "behält" das Wesen des Umgangsrechts erschließen zu wollen. Denn wenn man dem Wortlaut nicht diese Bedeutung beimißt, so ist vom Gesetz bei verständiger Betrachtung nur darauf Bezug genommen, daß dem Elternteil, dem das Personensorgerecht nicht zugewiesen wurde (§ 1671) oder dem es entzogen worden ist (§ 1666)

107) v. Godin, § 75 Anm. 2 EheG. Vgl. auch Staudinger-Schworer, § 1634 Rz. 4.

auch eine Rechtsposition - ungenannt aus welchem Grunde - zusteht. Die Formulierung des Gesetzes "behält die Befugnis zum persönlichen Umgang" bildet also nur das Gegenteil einer möglichen Feststellung, daß der Elternteil keine Rechtsposition mehr besitzt, was - gäbe es § 1634 nicht - an sich die Folge des Sorgerechtsverlustes wäre. Bei dieser Auslegung wird ein Widerspruch des Wortes "behält" zum ersten Halbsatz des § 1634 Abs. 1 vermieden. Das Gesetz braucht ferner nicht ergänzt zu werden.

Dieses Verständnis des § 1634 wird der gesetzlichen Situation, wie sie sich dem unbefangenen Auge darstellt, mehr gerecht als die Lehre vom Restbestandteil. Warum sollte, wenn auf der einen Seite der gesetzlichen Norm nur gesagt ist, welches Recht dem Elternteil nicht mehr zusteht, auf der anderen Seite mehr gesagt sein, als welches Recht er nun noch besitzt? Warum sollte also gleichzeitig die Rechtsgrundlage des neuen Rechts angegeben sein, noch dazu, wenn dies dem Wortlaut des ersten Halbsatzes widerstreitet?

Auch noch auf folgendes ist hinzuweisen. Wenn man tatsächlich annehmen will, der Gesetzgeber habe sich mit der genannten Ausdrucksweise für einen Zusammenhang des Umgangsrechts mit dem Personensorgerecht entschieden, kommt man nicht umhin, sich Gedanken über ein eventuelles Motiv zu machen. Warum sollte sich der Gesetzgeber für eine bestimmte juristische Konstruktion entscheiden? Konstruktionsfragen überläßt er in der Regel der Wissenschaft. Das Anliegen des Gesetzgebers ist die sachliche Regelung. Diesem Ziel dient die Begriffsbildung¹⁰⁸⁾. Eine bestimmte Konstruktion wird der Gesetzgeber nur dann wählen, falls er in ihr ein Mittel sieht, die Interessenregelung zum Ausdruck zu bringen und die vorgestellte Ordnung zu verwirklichen¹⁰⁹⁾. Daher ist zu fragen, welche sachliche Regelung durch das Wort "behält" und den damit verbundenen Hinweis auf das Personensorgerecht angestrebt worden sein könnte. Die naheliegende Erklärung ist, daß über das Personensorgerecht der Weg zu § 1666 und damit zur Möglichkeit, den Umgang auszuschließen, gewiesen werden sollte.

108) Beling, ARWPh 15, 31; Stoll, in: Festgabe Heck u.a., S. 103.

109) Stoll, a.a.O., S. 82; ähnlich Canaris, Systemdenken und Systembegriff, S. 104.

In vordergründiger Weise hat das RG dies auch angenommen. Doch zu Unrecht, wie wir wissen. In den Motiven und Protokollen zum BGB ist immerhin ausdrücklich vermerkt, daß der persönliche Umgang nicht völlig untersagt werden soll. War mit dem Wortlaut aber die Regelung, die sich am ehesten aufdrängt, nicht beabsichtigt, sondern eher eine entgegengesetzte Regelung, so ist schwerlich im Wort "behält" eine Anknüpfung an das Personensorgerecht zu sehen, selbst wenn davon auszugehen ist, daß die Gesetzesmaterialien nicht binden. Und nachdem die gesetzliche Möglichkeit zum Ausschluß des Umgangsrechts 1938 eingeführt worden ist, könnte man sogar aus dem Vorhandensein von § 1634 Abs. 2 S. 2 ein (allerdings schwaches) argumentum e contrario gewinnen: Wenn der Verweis auf das Personensorgerecht und damit auf den § 1666 schon über das Wort "behält" erfolgte, brauchte man die Regelung des § 1634 Abs. 2 S. 2 an sich nicht. Freilich ist zuzugeben, daß es immer von Vorteil ist, wenn eine Intention - wie in § 1634 Abs. 2 S. 2 - im Gesetz eindeutig zum Ausdruck kommt.

Und ein weiteres sollte man nicht übersehen. Im allgemeinen schließt sich der Gesetzgeber einer bestimmten Konstruktion erst an, wenn vorher das Für und Wider der verschiedenen Standpunkte in der Wissenschaft ausführlich erörtert worden ist. Entscheidet er sich früher, besteht die Gefahr, daß er unausgereiftem Gedankengut aufsitzt und dadurch die weitere Rechtsentwicklung behindert. Die Frage nach dem Wesen des Umgangsrechts wurde aber vor dem Inkrafttreten des BGB kaum diskutiert. Die erwähnte Reichsgerichtsentscheidung aus dem Jahr 1889¹¹⁰⁾ ist der einzige Fall, in dem vor 1900 überhaupt die Sprache darauf kam, daß man das Umgangsrecht als Ausfluß des Personensorgerechts ansehen könnte. Und auch dort wurde nur in einem Satz - und das ablehnend - Stellung genommen. Dafür aber, daß der Gesetzgeber eine Mindermeinung unterstützen wollte - falls es eine Meinung in dem Sinne überhaupt gab -, fehlt jeder Hinweis.

Dem hier Gesagten stehen die Ausführungen von Blumes nicht entgegen¹¹¹⁾. Dieser Gelehrte glaubte allerdings, in den Entschei-

110) RGZ 24, 250 f.

111) v. Blume, Seuff. Bl. 72 (1907), 97.

dungen des OAG Lübeck vom 26.6.1877¹¹²⁾ und des Obertribunals Stuttgart vom 24.3.1879¹¹³⁾ Vorläufer der Lehre vom Restbestandteil entdeckt zu haben. Aber auch von Blume meinte damit nicht, daß diese Rechtsprechung im Umgangsrecht einen Ausfluß des Personensorgerechts gesehen habe oder einer Lehre vom Restbestandteil gefolgt sei. Vielmehr nahm er damit nur auf den sachlichen Inhalt der gerichtlichen Erkenntnisse Bezug. So heißt es auch in der Stuttgarter Entscheidung lediglich, der Vater habe, auch wenn ihm das Erziehungsrecht genommen (!) sei, das Recht und die Pflicht (!), sich von dem Zustand seiner Kinder zu überzeugen. In der Entscheidung des OAG Lübeck schließlich steht nur, daß für den Umgang der Eltern mit den Kindern die Rücksicht auf die Erziehung allein maßgebend sei. Eine theoretische Verfestigung einer bestimmten Lehre, die dem Gesetzgeber als Basis hätte dienen können, wird also in diesen Entscheidungen weder beabsichtigt noch erreicht.

Durch das Wort "behält" stellt das Gesetz also keinen Zusammenhang des Umgangsrechts mit dem Sorgerecht her. Allerdings will Gernhuber mit seiner Gegenansicht vielleicht keine reale (kausale), sondern lediglich eine theoretische Erklärung des Gesetzes geben. Vielleicht will Gernhuber also gar nicht sagen, der Gesetzgeber habe sich bewußt für den Ausdruck "behält" entschieden, um den Zusammenhang mit dem Sorgerecht zum Ausdruck zu bringen. Aber dieser (unterstellte) Versuch einer theoretischen Erläuterung anhand einzelner Worte wäre zurückzuweisen. Eine theoretische Konstruktion kann nicht bestimmte Worte zum Ausgangspunkt nehmen, wenn positiv feststeht, daß die Worte nicht die hineingelegte Bedeutung haben können. Eine theoretische Erläuterung kann vielmehr nur am Tatbestand und an der Rechtsfolge insgesamt anknüpfen und diesen oder diese zu erklären suchen.

3. Der Übergang vom Sorgerecht zum Umgangsrecht

Setzen wir uns mit Gernhubers weiteren Ausführungen auseinander. Gernhuber meint in der Folge des oben angeführten Zitats, auch

112) OAG Lübeck, Seuff. Archiv 33 (1878), Nr. 312.

113) Obertribunal Stuttgart, Seuff. Archiv 35 (1880), Nr. 296.

"der fugenlose Übergang vom Recht zum persönlichen Verkehr als integrierendem Bestandteil der Personensorge zur verbleibenden Befugnis nach Fortfall des Sorgerechts in wenig anderen Ausprägungen" spreche für seine Auffassung¹¹⁴⁾.

Es ist sicher richtig, daß auch die Personensorge die Befugnis beinhaltet, mit dem Kind persönlich umzugehen. Das KG hat das allerdings früher bestritten. Das Gericht blieb dem Wortlaut des § 1631 zu stark verhaftet, wenn es meinte, die Personensorge umfasse nicht das Recht zum persönlichen Umgang, sondern nur das Recht, über den Umgang des Kindes mit anderen Personen die geeignete Bestimmung zu treffen¹¹⁵⁾. Das ist jedoch nicht überzeugend, denn § 1631 setzt die Befugnis, auch wenn sie nicht ausdrücklich genannt ist, als selbstverständlich voraus. Die Eltern bedürfen des persönlichen Umgangs, um die ihnen zugewiesenen Aufgaben der Erziehung und Beaufsichtigung des Kindes zu erfüllen¹¹⁶⁾.

Problematisch ist jedoch, ob es sich beim Umgangsrecht um die Fortsetzung des (ehemals) in der Personensorge integrierten Begegnungsrechts handelt. Mit dem Argument des "fugenlosen Übergangs" hat Gernhuber offenbar nicht mehr einen gesetzlichen Anhalt - den Wortlaut oder das System - für seine Meinung im Auge. Vielmehr hält er den Blick auf die Lebenswirklichkeit gerichtet. Der tatsächliche Vorgang des persönlichen Umgangs während innergehabter Personensorge setzt sich nach seiner Auffassung im Umgangsrecht "in wenig anderen Ausprägungen" fort. Diese tatsächliche Kontinuität bildet für Gernhuber das Indiz für die rechtliche Kontinuität. Vom Gesetzgeber könne schließlich erwartet werden, so ist die Vorstellung, daß er tatsächlich einheitliche Lebensvorgänge nicht rechtlich unterschiedlich beurteilt.

114) Gernhuber, Lehrbuch, § 53 III 1.

115) KG RJA 11, 254 (256). Siehe auch KGJ 44, 23 (24).

116) Vgl. auch Staudinger-Schwoerer, § 1634 Rz. 4. Dort wird angenommen, die Befugnis ergebe sich aus dem Aufenthaltsbestimmungsrecht, was gleichfalls richtig ist. Der Zuweisung der Umgangs- befugnis zum Erziehungsrecht wird hier jedoch der Vorzug gegeben, da es recht formal erscheint, etwa sinngemäß zu argumentieren, der sorgeberechtigte Elternteil könne bestimmen, daß das Kind - entsprechend dem Inhalt des Umgangsrechts - "um ihn herum" sein solle.

Betrachten wir daher die angenommene Einheit der Lebenswirklichkeit. Hier gibt es gewiß Fälle, in denen die Kontinuität des Umgangs gewahrt ist. Ist etwa einem Elternteil das Personensorgerecht nach § 1666 entzogen worden, lebt das Kind aber nach wie vor mit ihm in der Familie, so wird sich der jetzige persönliche Umgang nicht anders äußern als der frühere persönliche Umgang. Richtigerweise kann eine Aussage über die Lebenswirklichkeit jedoch nicht an Ausnahmefällen anknüpfen. Der typische Fall, der des Umgangsrechts nach Scheidung einer Ehe, muß den Ausgangspunkt bilden. Bei diesem Fall ist aber die soziologische und psychologische Situation bei der persönlichen Begegnung von Elternteil und Kind von der früheren sehr verschieden. Die Vorgänge erscheinen nicht vergleichbar, so daß es sich nicht um eine Fortsetzung des alten Lebensvorgangs handelt, sondern um einen neuen Lebenssachverhalt: Soziologisch ist die Lage jetzt anders, weil der umgangsberechtigte Elternteil nun außerhalb der Familie steht, weil der persönliche Umgang nicht mehr in die dem Kind gewohnte Häuslichkeit eingebettet ist¹¹⁷⁾. Psychologisch aber sind Dauerbeziehungen mit täglichem Umgang etwas anderes als periodische Beziehungen, die nur selten ein tatsächliches Eltern-Kind-Verhältnis aufrechtzuerhalten vermögen. Letzten Endes ist der persönliche Umgang während des Bestehens der Eltern-Ehe nur ein Ausdruck der Lebensgemeinschaft, später ist er Selbstzweck.

Auch bei der Betrachtung der Lebenswirklichkeit spricht mehr dafür, in der Begegnung des Elternteils mit dem Kind während des Bestehens der Ehe und im Umgang nach der Scheidung voneinander getrennte Vorgänge mit unterschiedlicher Qualität zu sehen. Freilich ist zuzugeben, daß dies letztlich eine Anschauungsfrage ist. Ihre Beantwortung hängt davon ab, wie man die Lebenswirklichkeit beurteilt, ob man die Unterschiede für erheblicher hält als die Gemeinsamkeiten. Daher ist der feste Anhalt im Gesetz zu suchen, der über die entscheidende Frage Aufschluß gibt, wie der Gesetzgeber den Sachverhalt wertet. Hierzu aber kann auf das oben Gesagte verwiesen werden, wo vermittels

117) Vgl. zu dem psychologisch und soziologisch veränderten Sachverhalt näher Haffter, Kinder aus geschiedenen Ehen, S. 76.

des Gesetzeswortlautes und des gesetzlichen Zusammenhangs der Vorschriften versucht wurde, nachzuweisen, daß nach der gesetzlichen Schau der Dinge das Sorgerecht erlischt und das Umgangsrecht entsteht. Ergänzend hierzu sei angeführt, daß es kein Zufall sein kann, daß das Umgangsrecht gesetzlich erst in dem Augenblick in Erscheinung tritt und auch erst in dem Augenblick seine eigene rechtliche Bedeutung entfaltet, in dem der Eltern teil das Sorgerecht verliert¹¹⁸⁾. Die vom Gesetz gegebenen Zeichen sprechen also gegen Gernhubers Deutung.

4. Parallelen zu Bestimmungen des Sorgerechts

Wenden wir uns nun einem anderen Aspekt von Gernhubers Auffassung zu. Gernhuber fährt in seinen Darlegungen fort: "Weitere Argumente liegen in der Möglichkeit, die Regelung des Verkehrs durch das Vormundschaftsgericht als Entscheidung im Elternstreit und den Ausschluß der Befugnis als geradlinige Fortsetzung des § 1666 zu verstehen"¹¹⁹⁾.

Der Hinweis, daß die Lehre vom Restbestandteil die Möglichkeit bietet, das Gesetz zu begreifen, ist vorsichtig gehalten. Darin drückt sich aber weniger eine Unsicherheit aus als vielmehr - so ist anzunehmen - eine Änderung in der Betrachtungsweise. Diese wollen wir zunächst verdeutlichen. Nur so kann der Stellenwert der Begründung richtig eingeschätzt werden.

Mit seiner Argumentation bezieht sich Gernhuber auf das Gesetz. Mit Argumenten, die dem Gesetz entnommen wurden, haben wir uns bereits früher auseinandergesetzt. Damals lautete die Argumentation sinngemäß: Der Wortlaut und der Standort des § 1634 im Gesetz zeigen, daß der Gesetzgeber im Umgangsrecht einen Rest der verbliebenen Personensorge gesehen hat. Dieser Begründung lag die Vorstellung einer echten Kausalität zugrunde: Weil der Gesetzgeber das Umgangsrecht als einen Rest des verbliebenen Personensorgerechts verstanden wissen will, hat er diesen Wortlaut (behält) gewählt und das Umgangsrecht im Zusammenhang mit

118) So auch Hagemann, ZBlFG 22 (1922), 406.

119) Gernhuber, Lehrbuch, § 53 III 1.

den Vorschriften über das Personensorgerecht (§§ 1631, 1632, 1633) geregelt.

Der Wert dieser kausalen Erklärung ist unbestritten. Denn sie gibt eine Antwort auf die "Warumfrage"¹²⁰⁾, d.h. eine Antwort darauf, warum die Rechtssätze, so wie sind, im Gesetz stehen. Doch ist es wenig wahrscheinlich, daß Gernhuber mit den nunmehr zu behandelnden Argumenten den Anspruch erhebt, in der Lehre vom Restbestandteil den ursächlichen Faktor der gesetzlichen Regelung aufgedeckt zu haben. Damit würde ihm nämlich unterstellt, daß er Vorstellungen besitzt, die der Zeit der Begriffsjurisprudenz verhaftet sind. Hätten wir das Argument "kausal" zu verstehen, würde es - seiner vorsichtigen Umhüllung entkleidet - etwa lauten: Weil der Gesetzgeber das Umgangsrecht als Rest des Personensorgerechts betrachtet, hat er beim Umgangsrecht die Regelungen des Personensorgerechts übernommen und in bezug auf die Entscheidung im Elternstreit und auf den Ausschluß des Umgangsrechts hier die gleichen Regelungen getroffen wie dort.

Diese Sicht ginge an den Realitäten vorbei. Der Gesetzgeber wird nicht durch Konstruktionen dazu motiviert, bestimmte Rechtssätze aufzustellen¹²¹⁾. Ursächlich für die gesetzgeberischen Schöpfungen sind vielmehr "Vorstellungen über die sozialen Zustände, wie sie sind und wie sie sein sollen"¹²²⁾. So wurde - um konkret zu bleiben - das Umgangsrecht gewiß nicht ausgeschlossen, weil es ein Rest des Personensorgerechts ist "und daher eingeschränkt werden kann wie dieses", wie die ältere Rechtsprechung formulierte, sondern deshalb, weil der Gesetzgeber erkannt hat, daß das Kind durch das Umgangsrecht gefährdet werden kann. Und die Regelungsbefugnis des Vormundschaftsgerichts wurde sicher nicht deshalb in § 1634 Abs. 2 S. 1 statuiert, weil es erfahrungsgemäß Eltern gibt, die sich bei der Ausübung der Personensorge (während bestehender Ehe) nicht einigen können und man deshalb auch beim Umgangsrecht an eine entsprechende Bestimmung denken muß, weil

120) Hegler, zitiert nach Heck, Begriffsbildung, S. 153.

121) Freilich ist nicht zu verkennen, daß dies bei einem schlechten Gesetzgeber einmal der Fall sein könnte. Vgl. Beling, ARWPh 15, 28.

122) Stoll, a.a.O., S. 78.

es sich auch dort um einen Streit zwischen zwei Personensorgeberechtigten handelt, wenn auch einer davon nur "restbefugt" ist. Vielmehr ließ der Gesetzgeber sich nur vom Umgangsrecht selbst leiten. Weil er sah, daß es dort zwischen feindseligen Eltern zu Streit kommen kann, nahm er eine Bestimmung in das Gesetz auf, die darüber befindet, was in diesem Fall zu geschehen hat.

Die Erkenntnis, daß das gesetzte Recht auf diese Weise teleologisch geschöpft worden ist, ist bei Gernhuber vorauszusetzen. Gernhuber ist kein Begriffsjurist. Kausal ist der von ihm aufgezeigte Zusammenhang zwischen dem Personensorgerecht und den entsprechenden Regelungen des Umgangsrechts daher nicht zu verstehen¹²³⁾. Gernhuber will die gesetzlichen Rechtsfolgen mit der Lehre vom Restbestandteil also wohl nur "theoretisch" erklären. Er behauptet nicht, aus dem Gesetz lasse sich entnehmen, daß der Gesetzgeber das Umgangsrecht als Rest der Personensorge betrachtet habe, sondern geht den umgekehrten Weg: Wenn man im Umgangsrecht einen Rest des Personensorgerechts sieht, kann man das Gesetz verstehen: die Regelung des persönlichen Umgangs durch das Vormundschaftsgericht (§ 1634 Abs. 2 S. 1) als Entscheidung im Elternstreit wie bei beiderseitig personensorgeberechtigten Eltern und den Ausschluß der Befugnis (§ 1634 Abs. 2 S. 2) als Fortsetzung des § 1666.

Bei dieser Art der Erklärung scheiden sich allerdings die Geister.

123) Freilich hätte der Übergang von der "kausalen" Erklärung des Gesetzes - Wortlaut und äußeres System - zur lediglich "theoretischen" deutlicher gemacht werden müssen. Dies um so mehr, als in früherer Zeit in der Regel als selbstverständlich vorausgesetzt wurde, daß die gefundenen Konstruktionen wirklich kausal für das Gesetz geworden sind (vgl. Heck, Begriffsbildung, S. 189 und öfter). Die methodologische Lebensarbeit Hecks galt der Widerlegung dieses Irrtums. Heck war ferner der Auffassung, daß "der logische Unterschied zwischen Klassifikationsurteil und Kausalbehauptung ...streng gewahrt werden (müsse)" (Heck, Begriffsbildung, S. 211). Auch das hat Gernhuber nicht beachtet. Freilich ist der zitierte Satz Hecks nicht unbestritten geblieben. So wurde schon von einem Schüler Hecks die Auffassung vertreten, es sei nicht nur nicht unrichtig, sondern geradezu notwendig, einen Rechtssatz als die (logische) Durchführung einer Theorie hinzustellen, auch wenn er dies tatsächlich (psychologisch) nicht sei (Stoll, in Festgabe Heck u.a., S.117, Fn.2).

Gernhuber würde den Widerspruch des teleologischen Altmeisters Heck erfahren, der nur eine Erklärung des Gesetzesinhalts aus den historischen (tatsächlichen) Gründen seiner Entstehung gelten ließ¹²⁴⁾. Auch ein Großteil der heutigen Praktiker sieht in einer theoretischen Erklärung keinen Gewinn¹²⁵⁾. Überwiegend wird aber der Wert theoretischer Erhellungen und wissenschaftlicher Systematisierung anerkannt. So auch von Gernhuber. Da sich jedoch nicht von selbst versteht, daß eine theoretische Erklärung einen Sinn besitzt, soll der Nutzen der verstehenden Konstruktion kurz erläutert werden.

Eine treffende Kennzeichnung findet sich bei Triepel. Im Dienste der theoretischen Aufgabe der Rechtswissenschaft steht, so schreibt dieser, die "verstehende Konstruktion", die "das Einzelne als Teil des Ganzen; das Ganze in seinem inneren Zusammenhange und Zusammenhalte aufzeigen" will¹²⁶⁾. Sie macht das deutlich, was dem Gesetzgeber meist nicht oder nur dunkel bewußt geworden ist, was sich aber dennoch im Gesetz findet, weil sich auch der Gesetzgeber bestimmten Ideen, Strömungen, dem Zeitgeist u.ä. nicht entziehen kann.

Es ist anzunehmen, daß hiermit das Anliegen Gernhubers angesprochen ist. Die von ihm erwähnten Rechtsfolgen (§ 1634 Abs. 2 S. 1 u. 2 als Entscheidung im Elternstreit und Fortsetzung des § 1666) sollen zeigen, daß das Umgangsrecht als Teil des Sorgerechts betrachtet werden kann und daß das Sorgerecht wiederum sich nicht nur in den Vorschriften, die es ausdrücklich behandeln, erschöpft, sondern sinngemäß auch Bestimmungen wie das Umgangsrecht umfaßt. Mit dieser Art der theoretischen Betrachtung wird auch deshalb ein besseres Verständnis des Gesetzes erzielt, weil, wie Oertmann ausführt, derjenige, der mit dem Ordnungsmittel der Konstruktion an die "ungeheuren Massen des positiven Rechts" herantritt, "es unendlich viel leichter verstehen, meistern, lernen (wird), als wer nichts darin sieht, als das Ergebnis einer unter sich zusammenhanglosen Vielheit einzelner Interessen-

124) Heck, Begriffsbildung, S. 154.

125) Brauer-Schneider, Zivilrechtsfall, S. 70.

126) Triepel, Staatsrecht und Politik, S. 21.

abwägungen"¹²⁷⁾.

Soviel zur grundsätzlichen Rechtfertigung einer theoretischen Erklärung von Rechtsfolgen. Nun ist aber nicht jede wissenschaftliche Konstruktion von Nutzen, sondern nur eine, die wirklich den positiven Rechtsinhalt zu erhellen vermag. Da, wie wir wissen, das Gesetz auf Wertungen beruht, müssen die wertungsmäßigen Zusammenhänge zwischen den Rechtssätzen richtig aufgezeigt werden. Nur die Konstruktion ist gelungen, die die einzelnen Rechtssätze wertungsmäßig von dem angenommenen Grundsatz aus als folgerichtig erscheinen läßt¹²⁸⁾. Mit der Lehre vom Restbestandteil wird also nur dann ein Verständnisgewinn erzielt, wenn sich die von Gernhuber angeführten Rechtsfolgen beim Umgangsrecht - vom Personensorgerecht her gesehen - als wertungsmäßig folgerichtig erweisen. Die Lehre vom Restbestandteil muß sich insoweit einer Probe ihres Könnens wie jede andere Theorie unterziehen, da sich die Vorstellung, der Gesetzgeber habe sich positiv (durch den Wortlaut des Gesetzes und die äußere Systematik) für sie entschieden, als unrichtig herausgestellt hat.

Kann die Lehre vom Restbestandteil aber den geschilderten Forderungen genügen?

a. Ausschluß des Umgangsrechts als Fortsetzung des § 1666

Befassen wir uns zunächst mit der "geradlinigen Fortsetzung", die § 1666 in § 1634 Abs. 2 S. 2 gefunden haben soll. Offenkundig ist zunächst, daß eine Beziehung zwischen § 1666 und § 1634 Abs. 2 S. 2 besteht. Nach beiden Vorschriften kann das Elternrecht bei Kindesgefährdung ausgeschlossen werden. Die Frage ist jedoch, ob hierin eine wertungsmäßige Linie liegt, die vom Personensorgerecht zum Umgangsrecht führt. Findet sich also eine Überlegung, die vom Personensorgerecht kommt, im Umgangsrecht wieder?

127) Oertmann, Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft, S. 74. Ähnlich auch Canaris, Begriffsbildung, S. 90: "Auch ermöglicht erst die systematische Einordnung, die fragliche Norm völlig, nämlich nicht nur als Einzelercheinung, sondern als Teil eines Ganzen zu verstehen".

128) Canaris, Begriffsbildung, S. 89.

Betrachten wir uns die Interessenlage im einzelnen. § 1666 geht davon aus, daß der Elternteil auch nach dem Verlust des Sorgerechts das Umgangsrecht noch als "letztes Stück Elternrecht" behält. Wenn aber nun § 1634 Abs. 2 S. 2 die Möglichkeit einräumt, ihm auch noch dieses Recht zu nehmen, wird damit ein Gedanke in das Gesetz eingeführt, der über den eben geschilderten hinausgeht und daher nicht aus diesem folgen kann. Wertungsmäßig folgerichtig in das Personensorgerecht eingeordnet werden könnte die Regelung beim Umgangsrecht nur, wenn der Gedanke, der der Umgangsrechtsregelung zugrunde liegt, weniger weitgehend wäre als der Grundsatz, der hinter § 1666 steht. Mit anderen Worten: Daß die Möglichkeit gegeben ist, dem Elternteil auch noch das Umgangsrecht zu entziehen, ergibt sich keineswegs folgerichtig daraus, daß ihm das Sorgerecht genommen werden kann, sondern erfordert eine eigenständige neue Wertung, die über die bisher vollzogene hinausgeht. Die Wertung lautet: J e d e s Elternrecht kann bei Gefährdung des Kindeswohles ausgeschlossen werden. Dieser Gedanke steht über beiden Regelungen und verbindet sie. Er kommt jedoch nicht vom Personensorgerecht.

Die Richtigkeit dieser Betrachtung erweist sich, wenn man zum Vergleich den Gesetzeszustand vor dem Gleichberechtigungsgesetz heranzieht. Für die frühere gesetzliche Lage hätte die Argumentation Gernhubers ihre Berechtigung. Damals kam die Wertung tatsächlich vom Personensorgerecht her und setzte sich folgerichtig im Umgangsrecht fort. Ein gesetzliches Umgangsrecht gab es nur im Falle der Scheidung der Eltern (§§ 1636 a.F., 82 EheG 1938, 75 EheG 1946). Wurde einem Elternteil das Sorgerecht hingegen nach § 1666 entzogen, gab es für ihn kein Umgangsrecht mehr. Daher drückte sich bereits in § 1666 - wie übrigens auch in den §§ 1680 a.F. (1676), 1765 a.F. - die Wertung aus, daß einem Elternteil bei Gefährdung des Kindes (und weiteren auf der Seite des Elternteils gegebenen Voraussetzungen) jedes Elternrecht genommen werden kann. Mit der Einführung der Ausschlußmöglichkeit in § 82 EheG 1938, § 75 EheG 1946 fand dieser Gedanke seine Fortsetzung auch für den geschiedenen Elternteil. Mit der Gesetzesänderung durch das Gleichberechtigungsgesetz haben sich hingegen die Wertungen verschoben. Da nunmehr nach dem Verlust des Sorgerechts j e d e r Elternteil ein Umgangsrecht erhält, drückt

sich in § 1666 noch nicht die Wertung aus, daß jedes Elternrecht notfalls dem Kindeswohl zu weichen hat; diese ergibt sich erst aus § 1634 Abs. 2 S. 2.

Wir sehen: Änderungen in der gesetzlichen Normierung können also Wertungsverschiebungen mit sich führen, die den Sinn einer verstehenden Konstruktion fragwürdig machen. Diese Erscheinung war oben schon einmal zu beobachten.

b. Entscheidung des Familien- bzw. des Vormundschaftsgerichts im Elternstreit

Prüfen wir die zweite Aussage Gernhubers. Ist in der Entscheidung des VormG bzw. - seit 1.7.1977 - auch des Familiengerichts zwischen dem personensorge- und dem umgangsberechtigten Elternteil etwas wesensmäßig Ähnliches zu sehen wie in derjenigen, die das Gericht zu treffen hat, wenn sich personensorgeberechtigte Eltern uneinig sind?

Eine zutreffende Analyse setzt eine konkrete Fragestellung voraus. Welche Entscheidung im Elternstreit hat Gernhuber im Auge? Gesetzlich kann das Familiengericht bzw. VormG zwischen den Eltern - von § 1634 Abs. 2 abgesehen - nach den §§ 1632 Abs. 2, 1671 und 1672 entscheiden¹²⁹⁾, außerdem aber, da der väterliche Stichentscheid sich als nichtig erwiesen hat, auch generell bei Meinungsverschiedenheiten der Eltern über die Ausübung der Personensorge.

Es ist anzunehmen, daß Gernhuber Parallelen allein zum letztgenannten Fall ziehen will. In diesem streiten sich die Eltern über die Ausübung des Sorgerechts, wie sie sich im Falle des § 1634 Abs. 2 S. 1 über die Ausübung des Sorgerechts "restes" uneins sind. Hier wie dort handelt es sich um Streitigkeiten, die jederzeit (erneut) auftreten können. In den gesetzlich speziell geregelten Fällen hingegen geht es um einen Streit aus konkret bestimmten Anlaß. Überdies handelt es sich - um die aus-

129) Dagegen nicht nach § 1630 Abs. 2. Diese Vorschrift betrifft Streitigkeiten zwischen Eltern und Pfleger.

drücklich geregelten Fälle im einzelnen durchzunehmen - im Falle des § 1632 Abs. 2 nicht um einen Streit zwischen personensorgeberechtigten Eltern, denn Voraussetzung dafür, daß das Familiengericht überhaupt entscheiden kann, ist, daß ein Elternteil das Personensorgerecht nicht mehr besitzt. In den Fällen der §§ 1671, 1672 verliert ein Elternteil mit der Entscheidung das Personensorgerecht; diese Paragraphen können daher nicht als typisch für einen Streit zwischen Personensorgerechtigten angesehen werden. Außerdem hat das Familiengericht nach § 1671 notwendig - auch ohne daß Differenzen zwischen den Eltern herrschen - eine Regelung zu treffen. Wie sieht es aber nun bei dem (allgemeinen) Streit zwischen den Eltern über die Ausübung der Personensorge aus?

Zweifellos bestehen diesbezüglich Gemeinsamkeiten zwischen Umgangsrecht und Personensorgerecht. In beiden Fällen streiten sich Eltern über die Ausübung von gegenseitigen Rechten: hier über die des Umgangsrechts, dort über die des Sorgerechts. In beiden Fällen hat das Familiengericht bzw. das VormG die Entscheidung zu treffen. Diesen äußerlichen Übereinstimmungen stehen aber innere Unterschiede gegenüber, die für eine sinnmäßige Erfassung wichtiger erscheinen als die Gemeinsamkeiten. Denn die Voraussetzungen, unter denen das Familiengericht bzw. VormG einzuschreiten hat, vor allem aber die Inhalte der gerichtlichen Entscheidungen, decken sich nicht. Vergewegenwärtigen wir uns die Unterschiede im einzelnen.

Solange beide Eltern die Personensorge besitzen, ist die Rechtslage folgendermaßen: Die Eltern haben die elterliche Sorge in eigener Verantwortung und gegenseitigem Einvernehmen auszuüben (§ 1627 S. 1). Bei Meinungsverschiedenheit müssen sie versuchen, sich zu einigen (§ 1627 S. 2). In diesen Freiheitsraum, den die Eltern eigenverantwortlich ausfüllen müssen, greift das VG nur auf Antrag eines Elternteils ein. Keineswegs aber auch da immer. Das VG muß vielmehr prüfen, ob die Angelegenheit wichtig genug ist, um einzuschreiten. Das Gericht soll den Eltern die Verantwortung nicht abnehmen. Hat sich das VG zum Eingreifen entschlossen, kann es nicht in der Sache selbst entscheiden. Seine Aufgabe besteht allein darin, die Entscheidungszuständig-

keit einem Elternteil zu übertragen. Es besitzt nur eine "Kompetenz-Kompetenz"¹³⁰⁾. Die Lage beim Umgangsrecht hingegen ist anders. Zwar sind auch hier zur Regelung des persönlichen Umgangs in erster Linie die Eltern selbst berufen. Eine Verpflichtung zur Einigkeit besteht hier hingegen nicht, weil sie von Eltern, die sich getrennt haben, nicht generell erwartet werden kann. Das Familiengericht hat auf Antrag eines Elternteils jederzeit zu entscheiden - also keine Prüfung der Wichtigkeit -, kann jedoch auch von Amts wegen den Umgang regeln, dies selbst dann, wenn die Eltern bereits eine andere Vereinbarung getroffen haben. Daraus folgt gleichzeitig, daß das Familiengericht nicht einem Elternteil beitrifft - wie das VormG im Falle des Streites zwischen personensorgeberechtigten Eltern -, sondern den persönlichen Umgang stets eigenständig unter Berücksichtigung des Kindeswohles zu regeln hat.

Die Unterschiede, die zwischen Personensorgerecht und Umgangsrecht im Hinblick auf die Streitentscheidung bestehen, betreffen nicht nur Nebensächlichkeiten. Vielmehr zeigen sie, daß die Grundgedanken der jeweiligen Regelungen auseinandergehen: beim Personensorgerecht Anerkennung des elterlichen Freiheitsraumes (Antragsverfahren), rein unterstützende Tätigkeit des VG, Sachentscheidung der Eltern; beim Umgangsrecht hingegen im Ernstfall Leugnung des Freiheitsraumes (Amtsverfahren), überwachende, nicht unterstützende Tätigkeit, Sachentscheidung des Familiengerichts. Infolge dieser Abweichungen in den grundlegenden Gedanken wird das Verständnis des § 1634 Abs. 2 S. 1 durch das Zurückführen auf Vorstellungen des Personensorgerechts nicht gefördert. Eher wird die richtige Erkenntnis verhindert, wenn man die Übereinstimmungen dort betont, wo die Verschiedenheiten gewichtiger sind. Das legitime Anliegen der Wissenschaft, Einheit im Gesetz zu schaffen, ist nicht gerechtfertigt, wenn dadurch der Sinn der einzelnen Rechtsinstitute verdunkelt wird.

5. Beschränkung des Sorgerechts und Betreuung des Kindes

Auf der gleichen Linie wie die eben behandelte Argumentation Gernhubers liegt die Begründung eines anderen Verfassers. Göppinger

130) Siehe Gernhuber, Lehrbuch, § 50 II 2.

ist der Ansicht, auch der Umstand, daß das Umgangsrecht eine gewisse Beschränkung des Personensorgeberechtigten bedeute und außerdem die Verpflichtung des das Umgangsrecht ausübenden Elternteils enthalte, das Kind während der Ausübung des Umgangsrechts zu betreuen, lasse darauf schließen, daß das Umgangsrecht ein Rest der elterlichen Sorge "sein müsse"¹³¹⁾. Auch in diesen Ausführungen ist keine kausale Erklärung zu sehen. Eine solche wäre mit dieser Begründung von vornherein unhaltbar. Denn daß das Umgangsrecht bei kausalem Verständnis ein Rest der elterlichen Sorge "sein muß", ist nicht einzusehen. Der sorgeberechtigte Elternteil kann nicht nur durch ein Recht des anderen Elternteils beschränkt werden, das ein Rest des ehemals innegehabten Personensorgerechts ist, sondern durch jedes gesetzlich eingeräumte Elternrecht. Das Gesetz ist Verbindlichkeit genug, auch gegenüber dem anderen Elternteil. Auch Göppinger will sicher nur einen theoretischen Erkenntnisgewinn vermitteln, wenn er die Erscheinungen beim Umgangsrecht vom Personensorgerecht her deutet. Daher wird seine Begründung bereits an dieser Stelle genannt: sie ist der Struktur nach ähnlich wie die eben abgehandelte Erläuterung Gernhubers (theoretische Erklärung von feststehenden Rechtsfolgen).

Göppingers Ausführungen erscheinen indessen nur teilweise überzeugend. Beim ersten Argument (Beschränkung des Personensorgerechts) geht Göppinger davon aus, daß während des Bestehens der Ehe das Personensorgerecht des einen Elternteils durch das des anderen gebunden ist. Nach Scheidung der Ehe erscheint ihm die Sachlage vergleichbar. Die Gemeinsamkeiten indessen sind auch hier nur äußerlich. Innere Unterschiede stehen diesen gegenüber. Im Verhältnis von Sorgerecht zu Umgangsrecht ist jeder Elternteil von dem Bereich, der dem anderen gesetzlich eingeräumt ist, ausgeschlossen. Bei der Ausübung der elterlichen Sorge hingegen ist die Beschränkung anders. Hier darf jeder Personensorgeberechtigte das volle Erziehungsrecht selbständig ausüben. Die Zuständigkeiten der Eltern decken sich also. Die Eltern sind deshalb verpflichtet, ihre Erziehungsgrundsätze aufeinander abzustimmen. Die beiden Rechtsinstitute sind also von unter-

131) Staudinger-Göppinger, Rz. 37 vor § 1666.

schiedlichen Gedanken beherrscht: Gesetzliche Anerkennung gegenseitiger Freiheitsräume auf der einen Seite und deshalb gegenseitige Beschränkung; kongruente Zuständigkeiten auf der anderen Seite und daher Bindung der Eltern aneinander.

Die zweite Feststellung Göppingers hingegen erscheint weitgehend zutreffend. Wie der sorgeberechtigte Elternteil generell, so hat der umgangsberechtigte Elternteil das Kind während der Ausübung des Umgangsrechts zu betreuen. Dieser äußeren Parallele entsprechen auch innere Gemeinsamkeiten. Zwar folgt die Betreuungspflicht beim Umgangsrecht aus Motiven, die mit dem Umgangsrecht selbst zusammenhängen. Der Umgangsberechtigte soll - ungestört vornehmlich von dem anderen Elternteil - die Möglichkeit besitzen, mit dem Kind zusammenzusein. Das bedeutet, daß er - wie sonst der Sorgeberechtigte - während dieser Zeit das Kind zu betreuen hat und - seinem Selbstverständnis als Elternteil entsprechend - auch tatsächlich betreut. Die eigenständigen Motive beim Umgangsrecht schließen jedoch die wertungsmäßigen Gemeinsamkeiten mit dem Sorgerecht nicht aus. Die Betreuungspflichten bei beiden Rechtsinstituten rühren - wie gesagt - daher, daß den Eltern ein (negativer) Freiheitsraum verbürgt ist, von dem jeder andere ausgeschlossen sein soll. Um das Kind nicht schutzlos zu lassen, muß es die Betreuungspflichten der Eltern bei beiden Instituten geben. Doch hat der Freiheitsraum nicht nur eine negative, sondern auch eine positive Bedeutung. Beim Personensorgerecht besteht sein wesentlicher Sinn darin, es dem Inhaber der elterlichen Sorge zu ermöglichen, das Kind nach seinen Vorstellungen (freilich in einer sozial anerkannten Art und Weise) zu erziehen. Diesen positiven Inhalt hat der Freiheitsraum des Umgangsrechts nicht¹³²⁾: wesentlich ist hier, daß der Umgangsberechtigte die Begegnung frei von Störungen gestalten kann. Diese Unterschiede sind ebenfalls wichtig und werden durch ein Zurückgreifen auf das Personensorgerecht nicht kenntlich gemacht.

132) Freilich ist auch das Umgangsrecht rein faktisch von Einfluß auf die Erziehung des Kindes (vgl. Gernhuber, FamRZ 1973, 242). Dieser erzieherische Einfluß ist indessen nicht als Rechtsinhalt anerkannt.

6. Zugang zu Abwehrformen der elterlichen Sorge

Fahren wir nun in der Auseinandersetzung mit Gernhubers Darlegungen weiter. Die Argumentation wechselt nun wieder. Ein anderer Aspekt wird hervorgehoben: nämlich der Nutzen, den die Lehre vom Restbestandteil für die Rechtsschöpfung besitzt. Gernhuber führt hierzu aus: "Schließlich und endlich eröffnet diese Deutung auch den Zugang zu den sachrichtigen Abwehrformen der elterlichen Gewalt bei Eingriffen Dritter"¹³³⁾.

Betrachten wir zunächst die Abwehrmöglichkeiten, die den Eltern als Inhabern der elterlichen Sorge zustehen, falls ihre Rechte von anderen Personen beeinträchtigt werden.

Die elterliche Sorge ist als absolutes Recht von der Rechtsordnung mit einer Abwehr- und Ausschlußwirkung gegenüber jedermann ausgestattet und gegen jeden rechtswidrigen Eingriff geschützt. Im Gesetz ausdrücklich aufgeführt ist zwar nur der dem § 985 nachgebildete Herausgabeanspruch gegen jeden Dritten, der dem Personensorgeberechtigten das Kind widerrechtlich vorenthält (§ 1632 Abs. 1). Doch sind die anderen Abwehrmöglichkeiten, die absoluten Rechten eigen sind, gleichermaßen gegeben. So bestehen Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche gegen sonstige Beeinträchtigungen der elterlichen Sorge (§ 1004 analog), gegebenenfalls auch Schadensersatzansprüche (§§ 823 Abs. 1, 249), etwa wenn das Kind dem Personensorgeberechtigten schuldhaft vorenthalten wird und die Rückführung Kosten verursacht¹³⁴⁾. Strafrechtlich ist die elterliche Sorge über § 235 StGB geschützt¹³⁵⁾.

Weil nun das Umgangsrecht ein Rest des Personensorgerechts ist, soll zu diesen Abwehrmöglichkeiten der elterlichen Sorge der Zugang eröffnet sein? Es wurde schon in anderem Zusammenhang ausgeführt, daß mit der Lehre vom Restbestandteil kein Recht erschlossen werden kann. Denn sie ist lediglich eine juristische

133) Gernhuber, Lehrbuch, § 53 III 1.

134) Allgemeine Ansicht: vgl. Gernhuber, Lehrbuch, § 49 IV 1, 2, 4, 5.

135) Siehe Schönke-Schröder, § 235 Rz. 1.

Konstruktion und beinhaltet keine konkrete Wertidee. Das Personensorgerecht umfaßt als komplexes Recht eine Fülle von Rechtsgedanken, von denen die Lehre vom Restbestandteil nicht sämtliche übernehmen will, sondern nur die jeweils passenden. Damit ist aber nicht mehr die Erkenntnis der Rechtsnatur für die Rechtsfindung kausal, sondern nur die Kriterien, die die Auswahl bestimmen.

Diese Auffassung stimmt mit der modernen Methodenlehre überein. Esser hat in neuerer Zeit mehrfach ausgeführt, daß eine Konstruktion keinen produktiven Wert besitzt, sondern lediglich einen reproduktiven. Sie vermittelt keinen Zugang zur Erkenntnis, sondern vermag lediglich eine bereits vorher gefundene Lösung abzusichern und als erkenntnismäßiges Produkt weiterzugeben¹³⁶⁾. Allerdings haben manche Vertreter der älteren Interessenjurisprudenz - zunächst einleuchtend - einer Konstruktion auch heuristischen Wert beigemessen. Die Konstruktion wirkt nach ihrer Auffassung als Analogiehypothese. Sie soll der Erkenntnis insoweit dienen, als sie eine Gleichheit oder Ähnlichkeit in der Interessenlagerung ausdrückt, die "die Vermutung weiterer Analogieschlüsse als der schon vor der Konstruktion vollzogenen" begründet erscheinen läßt¹³⁷⁾. Doch sind damit die Gefahren übersehen, die provisorischen Entschlüssen innewohnen. Der Blick für die richtige sachliche Entscheidung kann verbaut sein, wenn man die Lösung in einer bestimmten, bereits vorher durch die Konstruktion festgelegten Richtung sucht¹³⁸⁾. Andere sachgerechtere Lösungen können übersehen werden. Bevor man zur Lückenergänzung schreitet, muß man sämtliche Lösungen, die vernünftigerweise in Betracht kommen können, ins Auge fassen, um danach zu urteilen, welches Ergebnis dem Werturteil des Gesetzgebers am besten entspricht. Sicher kann man auch umgekehrt vorgehen, wenn die Wertung des Gesetzes deutlich auf eine bestimmte Lösung hinzielt. Keinesfalls jedoch darf die Konsequenz einer wissenschaftlichen Konstruktion eine Entscheidung in irgendeiner Weise determinieren.

136) Esser, Wertung, S. 16; Vorverständnis, S. 111; AcP 172 (1972), 104.

137) Rümelin, ARWPh 1922/23, 354; Stoll, in: Festgabe Heck u.a., S. 107, 115.

138) Heck, Begriffsbildung, S. 185.

Außerdem bedarf man bei keinem Problem, das beim Umgangsrecht im Zusammenhang mit der Abwehr Dritter auftaucht, den Zugang zu den Abwehrformen der elterlichen Sorge. Die Fragen lassen sich sämtlich eigenständig aus dem Umgangsrecht selbst beantworten. Zum Teil muß die Antwort sogar, was auch Gernhuber anerkennt, ausschließlich den Zwecken des Umgangsrechts entnommen werden. In weiteren Fällen schließlich ist die Lösung, die das Personensorgerecht bietet, nicht sachgerecht, und es besteht deshalb kein Grund, sie zu übernehmen.

a. Schadensersatzansprüche

Man braucht nicht auf das Personensorgerecht zurückzugreifen, um dem Umgangsberechtigten bei Verletzung seines Rechts zu Schadensersatzansprüchen zu verhelfen. In den Vorschriften des Personensorgerechts sind Schadensersatzansprüche auch nicht geregelt. Der Schadensersatzanspruch ergibt sich allein daraus, daß die elterliche Sorge ein absolutes Recht ist, dessen Verletzung zur Entschädigungsleistung verpflichtet (§§ 823 Abs. 1, 249). Weil das Umgangsrecht gleichfalls ein absolutes Recht ist, macht auch seine Beeinträchtigung schadensersatzpflichtig (etwa wenn Kosten für eine Reise aufgewendet werden, die unnütz sind, weil das Treffen verhindert wird). Die absolute Natur des Umgangsrechts ist zu begründen, ohne daß Verbindungslinien zum Sorgerecht gezogen werden müssen, auf die auch das RG nicht glaubte verzichten zu können¹³⁹⁾. Denn das Umgangsrecht besitzt die typischen materiellen Eigenschaften des absoluten Rechts¹⁴⁰⁾. Es verbürgt seinem Inhaber im Umgang mit dem Kind einen Freiheitsraum, von dem jeder andere ausgeschlossen sein soll. Auch besteht ein Gemeinschaftsinteresse daran, daß dem Umgangsberechtigten der Kontakt zum Kind erhalten bleibt und daß er sich ungestört der Pflege der Beziehungen zu diesem widmen kann. Allerdings läßt sich der absolute Charakter des Sorgerechts noch einfacher, nämlich formell, begründen, weil § 1632 dem Eigentumsherausgabeanspruch nachgebildet ist (§ 985). Das nötigt aber nicht dazu, eine Beziehung zum Sorgerecht herzustellen.

139) Siehe RGZ 141, 319 (320).

140) Vgl. zu den einzelnen Kriterien des absoluten Rechts, Dubischar, Grundbegriffe des Rechts, S. 44.

Weil das Umgangsrecht ein absolutes Recht ist, stehen dem umgangsberechtigten Elternteil auch alle sonstigen Befugnisse gegen störende Dritte zu, die absoluten Rechten eigen sind: etwa der vorbeugende Unterlassungsanspruch (§ 1004)¹⁴¹⁾ oder der Beseitigungsanspruch (wird beim Umgangsrecht wenig praktisch).

b. Entscheidung über den Herausgabeanspruch

War in der eben genannten Fallgruppe die Bezugnahme auf das Personensorgerecht noch legitim - wenngleich unnötig - und vom Ergebnis her gesehen sachrichtig, so kann in anderen Fällen der Rückgriff auf die Vorschriften des Personensorgerechts sogar den Blick auf die sachlich angemessene Regelung verstellen. Das sei an einem Problem gezeigt: Ein Dritter - also nicht der Sorgeberechtigte -, der das Kind in Obhut hat, weigert sich, es dem Umgangsberechtigten zur Ausübung des Umgangsrechts zu überlassen. Aus der absoluten Natur des Umgangsrechts folgt, daß der Dritte das Kind zum persönlichen Umgang herausgeben muß¹⁴²⁾. Umstritten ist aber bisher noch, welches Gericht über diese Frage zu entscheiden hat. Problematisch ist, ob das Familiengericht den Umgang auch gegenüber dem Dritten regeln kann (§ 1634 Abs. 2) oder ob der Umgangsberechtigte darauf angewiesen ist, den sorgeberechtigten Elternteil durch das VormG nach § 33 FGG zu einer Klage gegen den Dritten auf Herausgabe des Kindes nach § 1632 zu zwingen bzw. selbst den Dritten zur Duldung des Umgangs nach den §§ 823, 1004, 826 vor dem Prozeßgericht zu verklagen¹⁴³⁾. Die h.M. verweist den Umgangsberechtigten auf die letztgenannten Wege. Schwoerer indessen bekennt sich mit guten Gründen zur unmittelbaren Regelungsbefugnis des VormG (Familiengerichts)¹⁴⁴⁾. Er begründet seine Auffassung mit dem Wortlaut des § 1634 - die Worte "näher regeln" würden keine Beschränkung auf das Verhältnis des umgangsberechtigten zum sorgeberechtigten Elternteil erkennen lassen, wenn sie sich in erster Linie auch darauf bezögen -.

141) Beispiel aus der Rspr.: Der sorgeberechtigte Elternteil will mit dem Kind nach Amerika auswandern und droht so, den Umgangsrechtsanspruch zu vereiteln (RGZ 141, 319 (320)). Der Fall eines "wirklichen" Dritten ist nicht bekannt.

142) Allgemeine Ansicht. Siehe Dölle, Familienrecht, § 98 I 1.

143) Vgl. Staudinger-Schwoerer, § 1634 Rz. 100.

144) Staudinger-Schwoerer, § 1634 Rz. 101.

Auch spreche § 1634 nicht mehr vom Umgangsrecht eines Ehegatten (gegenüber dem anderen), sondern vom Umgangsrecht "eines Eltern-teils". Ferner hieße es, dem Umgangsberechtigten "Steine statt Brot zu reichen", wenn man ihn hinsichtlich des Rechtsschutzes auf die geschilderten Wege der h.M. verweise. Allerdings be- gegnet Gernhuber diesen Ausführungen mit dem Hinweis, eine Zu- ständigkeit des VormG (Familiengerichts) im Streit mit Dritten lasse "sich mit § 1632 nicht vereinbaren"¹⁴⁵⁾.

Das kann aber nicht überzeugen. Zu § 1632, einer Vorschrift des Personensorgerechts, wäre der Zugang nur eröffnet, wenn in § 1634 eine Lücke bestünde. Schwoerer hat aber dargelegt, daß eine solche nicht vorhanden ist (näher regeln gegenüber jedem). Daher hätte die Gegenauffassung erst zeigen müssen, daß die Frage in § 1634 nicht geregelt ist, bevor sie mittels der Lehre vom Restbestand- teil die Rechtsgedanken der Vorschrift des § 1632 in Anspruch nimmt. Doch selbst wenn man unterstellt, daß eine Gesetzeslücke vorhanden und damit prinzipiell die Hinwendung zu anderen Rechts- gedanken gerechtfertigt ist, erscheint es fraglich, ob § 1632 die sachgerechte Lösung bietet.

Nun ist allerdings § 1632 Abs. 2, der den Streit um die Heraus- gabe des Kindes dem Familiengericht zuweist, falls er zwischen Eltern stattfindet, sachrichtig, weil der Elternteil, von dem der andere das Kind herausverlangt, oft auf dieses Verlangen mit dem Antrag an das Familiengericht zu reagieren pflegt, ihm das Personensorgerecht zu übertragen. Eine entsprechende Entscheidung des Familiengerichts würde dann einer Herausgabeentscheidung des Prozeßgerichts den Boden entziehen¹⁴⁶⁾. Ob die Sachrichtig- keit dagegen auch in § 1632 Abs. 1 - also gerade in dem Fall, der hier interessiert - gegeben ist, erscheint zweifelhaft. Denn § 1632 Abs. 1 weist den Herausgabeanspruch gegen Dritte dem Prozeßgericht zu. Wenn dort Klage erhoben wird, ist das VormG aber weder durch den anhängigen Herausgabeprozeß noch durch ein rechtskräftiges Urteil in diesem Prozeß gehindert, seinerseits

145) Gernhuber, Lehrbuch, § 53 III 5. Siehe auch Dölle, Familien- recht, § 98 V, der ebenfalls auf die Regelung des § 1632 ver- weist.

146) Siehe Dölle, Familienrecht, § 92 I 3.

tätig zu werden und z.B. durch einstweilige (§ 24 Abs. 2 FGG) oder endgültige Anordnung dem Kläger nach § 1666 die Personensorge oder das Aufenthaltsbestimmungsrecht zu entziehen. Damit wäre gegen ein rechtskräftiges Herausgabeurteil die Vollstreckungsgegenklage gegeben oder, falls die Anordnung des VormG während des Prozesses ergeht, die Klage abzuweisen¹⁴⁷⁾. Außerdem hat es sich als nachteilig erwiesen, daß sich der beklagte Dritte im Verfahren vor dem Prozeßgericht nicht auf die Wahrnehmung der Interessen des Kindes berufen kann. Auch versucht ein Elternteil nicht selten, die Herausgabe des Kindes dadurch zu vereiteln, daß er es bei Dritten (Großeltern) unterbringt. Der Elternteil, der das Kind herausverlangt, wird damit genötigt, den Herausgabeanspruch vor verschiedenen Gerichten zu verfolgen¹⁴⁸⁾. So wundert es nicht, daß im Schrifttum resignierend festgestellt wird, die entsprechende Anwendung der Zuständigkeitsregelung des § 1632 Abs. 2 auf den Herausgabeanspruch gegen Dritte sei nicht möglich, "obwohl die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts zweckmäßig wäre"¹⁴⁹⁾. Grundsätzlich besteht aber kein Anlaß, mittels der Lehre vom Restbestandteil eine nicht sachgerechte Regelung des Gesetzgebers auch noch auf einen anderen Fall als auf denjenigen, auf den sie sich unmittelbar bezieht, zu übertragen. Beim Umgangsrecht würde die Regelung aus Gründen, die den genannten vergleichbar sind, Bedenken begegnen, weil auch hier das Familiengericht während des Prozesses oder auch nach dem rechtskräftigen Urteil tätig werden und dem Umgangsberechtigten das Umgangsrecht entziehen kann. Nicht selten wird der Sorgeberechtigte, mit dessen Willen sich das Kind bei dem Dritten befindet, eine solche Maßnahme zu initiieren suchen.

Übrigens wird die Sorgerechtsreform in § 1634 künftig ausdrücklich eine Bestimmung vorsehen, wonach das Familiengericht den persönlichen Umgang auch gegenüber Dritten regeln kann (§ 1634 Abs. 2 Entw.). Und nach § 1632 Abs. 2 Entw. soll das Familienge-

147) Staudinger-Donau, § 1626 Rz. 25.

148) Vgl. hierzu die Begründung zur Änderung des § 1632 im Regierungsentwurf des Sorgerechtsneuregelungsgesetzes, S. 23.

149) Staudinger-Donau, § 1632 Rz. 17. Siehe auch Staudinger-Schwoerer, § 1634 Rz. 101, der es für "wenig zweckmäßig" hält, daß § 1632 Abs. 2 das Vormundschaftsgericht nur im Elternstreit für zuständig erklärt.

richt in Zukunft auch über den Herausgabeanspruch des sorgeberechtigten Elternteils gegenüber Dritten entscheiden. Das Gesetz "von morgen" zeigt also, daß die gegenwärtigen Regelungen als nicht sachrichtig empfunden werden und daß der von Gernhuber angesprochene Zugang zu den Gedanken des bisherigen § 1632 nicht zu befriedigen vermag. § 1632 braucht außerdem künftig nicht mehr herangezogen zu werden, weil § 1634 die Frage selbst regelt.

c. Strafrechtlicher Schutz

Schließlich kann auch noch an der Frage des strafrechtlichen Schutzes gezeigt werden, daß Gernhuber selbst nicht die Regelung aus der Erkenntnis der Rechtsnatur erschließt. So wird, wie gesagt, das Personensorgerecht nach einhelliger Ansicht über § 235 StGB geschützt. Konsequenterweise müßte man - soll die Lehre vom Restbestandteil tatsächlich für den Zugang zu den Abwehrformen bestimmend sein - auch dem Umgangsrecht den Schutz des § 235 StGB zubilligen.

Gernhuber jedoch lehnt es ab, diesen Paragraphen auf das Umgangsrecht anzuwenden. Er prüft eigenständig beim Umgangsrecht, welche Regelung ihm dort sachrichtig erscheint, und erschließt die Lösung nicht über die Lehre vom Restbestandteil. Das ist deshalb bemerkenswert, weil es in der Frage des strafrechtlichen Schutzes eine mächtige Gegenauffassung gibt¹⁵⁰⁾, die über § 235 StGB auch das Umgangsrecht schützt. Obwohl dieses Ergebnis der eigenen Systematik entsprechen würde, folgt Gernhuber dieser Auffassung nicht.

150) Vgl. zu dieser etwa BGHSt 10, 376 (378), der - verfehlt - folgendes schreibt: "Eine Befugnis zum persönlichen Verkehr, die aus dem Sorgerecht folgt, räumt das Vormundschaftsgericht einem Elternteil in der Regel nur für einen kurzen Zeitraum ein, der sich meist nur nach Tagen, oder sogar nur nach Stunden bemißt. Wer dem Elternteil das Kind während eines solchen Zeitraums entzieht, in der dieser allein in der Lage ist, sein Erziehungsrecht (!) auszuüben, macht es ihm schlechthin unmöglich, sein Recht gegenüber dem Kinde wahrzunehmen. Es ist aber gerade der Zweck des § 235 StGB, dieses Erziehungsrecht (!) zu schützen." Der BGH hat verkannt, daß der umgangsberechtigte Elternteil kein Erziehungsrecht mehr besitzt. Eine einleuchtende Begründung findet sich hingegen bei Staudinger-Schwoerer, § 1634, Rz. 8.

7. Unterschiedliche Rechtsgedanken im Umgangsrecht und Sorgerecht

Können somit schon die Gründe, die die Anhänger der Lehre vom Restbestandteil für die Richtigkeit ihrer Auffassung anführen, nicht überzeugen, so sind erst recht die bisher nicht genannten Unstimmigkeiten bedeutsam. So spricht vor allem gegen die Lehre vom Restbestandteil, daß die elterliche Sorge - und damit auch ihr wichtigster Bestandteil, das Personensorgerecht - inhaltlich von wesentlich anderen Rechtsgedanken bestimmt ist als das Umgangsrecht. Das wird besonders deutlich, wenn man zur Konzeption der elterlichen Sorge die Auffassung Gernhubers zugrunde legt, die mittlerweile herrschend geworden ist.

Zum heutigen Verständnis der elterlichen Sorge hat Gernhuber schon vor Jahren die Forderung aufgestellt, daß diese "von allen eigennützigen Komponenten gereinigt" werden müsse und daß die Eltern zu "Sachwaltern ihres Kindes" werden müßten, die "Rechte nur haben, um ihren Pflichten entsprechen zu können"¹⁵¹⁾. Als "Pflichtrecht im strengsten Sinn des Wortes"¹⁵²⁾ wird die elterliche Sorge weiter charakterisiert, die allein die Aufgabe habe, das Kind zur vollentwickelten Persönlichkeit heranzubilden und die "nicht mehr gerechtfertigt (sei), wenn sie Elemente aufweis(e), die zweckwidrig (seien)..."¹⁵³⁾. Läßt man einmal die Funktion des Sorgerechts außer Betracht, die das Umgangsrecht ohnehin wegen seines beschränkten Umfanges nicht mehr erfüllen kann, so sind es vor allem die Merkmale der "Pflicht" und der "Uneigennützigkeit", die die elterliche Sorge wie das Personensorgerecht deutlich auszeichnen.

Betrachten wir das Umgangsrecht auf diese beiden Elemente hin. Das Umgangsrecht beinhaltet lediglich ein Recht des nichtsorge-

151) Gernhuber, FamRZ 1962, 90.

152) Gernhuber, Lehrbuch, § 49 III 2. Gegen das "Pflichtrecht" mit beachtlichen, vornehmlich auf neuere Ergebnisse der Verhaltensforschung gegründeten Argumenten Quambusch, RdJB 1974, 108 f.

153) Gernhuber, FamRZ 1962, 92.

berechtigten Elternteils¹⁵⁴⁾. Eine Verpflichtung zum persönlichen Umgang mit dem Kind besteht nicht. Das ist unbestritten. Damit hebt § 1634 die untrennbare Verknüpfung von Recht und Pflicht, die das Sorgerecht so deutlich von jedem anderen Recht abhebt, auf¹⁵⁵⁾. Das Umgangsrecht kann damit kein Teil des Sorgerechts sein.

Aber auch das zweite Wesensmerkmal des Sorgerechts ist nicht vorhanden. Das Umgangsrecht ist seinem inneren Gehalt nach vorwiegend eigennützig¹⁵⁶⁾. Es dient in erster Linie den Belangen des nichtsorgeberechtigten Elternteils und erst nachrangig - und das keineswegs immer - auch dem Kindeswohl. Das läßt schon die mangelnde Pflichtgebundenheit vermuten. Gleichwohl wird aber der vornehmlich eigennützige Charakter des Umgangsrechts nicht überall gesehen. So behauptete der BGH - wie vorher schon das BayObLG -, bei der Einschränkung des Sorgerechts durch das Umgangsrecht handle es sich um "einen nach Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG zulässigen Eingriff in das elterliche Sorgerecht aufgrund einer im Interesse des Wohles des Kindes geschaffenen Vorschrift"¹⁵⁷⁾. Diese Aussage wäre indessen nur dann richtig, wenn sich feststellen ließe, daß das Umgangsrecht, wenn auch nicht immer, so doch bei typischer Sicht dem Kindeswohle diene, genauso etwa wie das Sorgerecht der Eltern in seiner Typik als dem Kindeswohle förderlich zu betrachten ist¹⁵⁸⁾. Die Diskussion der letzten Jahre hat mit einer Viel-

154) § 1634 spricht von einer "Befugnis". Hieraus wird teilweise geschlossen, es handele sich um etwas Geringeres als um ein Recht (so Dellian, FamRZ 1969, 366). Das erscheint indessen unrichtig. Unter einer Befugnis ist herkömmlicherweise ein subjektives Recht zu verstehen (so jedenfalls Posener, Rechtslexikon, S. 191: "Befugnis, Recht im subjektiven Sinne...").

155) So auch v. Godin, § 75 Anm. 2 EheG.

156) Siehe Engler, FamRZ 1969, 65; Quambusch, RdJB 1974, 109.

157) BGHZ 42, 364 (370).

158) Siehe die Ansprache von Stille auf der Tagung des Kinderschutzbundes 1974 in Frankfurt: "Nach wie vor bietet die Familie, in der sich Vater und Mutter fordernd um ihre Kinder kümmern, die besten Voraussetzungen für eine positive Entwicklung der Kinder in unserer Gesellschaft" (Frankfurter Rundschau vom 11.5.1974). Allerdings ist dies nicht mehr unbestritten. Gegen die von ihm so genannte "soziale Inzucht", das heißt die Erziehung des Menschen durch nur ein bis zwei Bezugspersonen, die üblichen Eltern, der Schriftsteller V.E.Pilgrim, Leserbrief in Deutsche Zeitung-Christ und Welt-Nr. 42 vom 17.10.1974.

zahl von Argumenten jedoch deutlich gemacht, daß das Umgangsrecht keineswegs auch nur typischerweise dem Kindeswohl dient¹⁵⁹⁾. Daran vermag auch die Feststellung, daß das Umgangsrecht grundsätzlich "auch im Interesse des Kindes"¹⁶⁰⁾ liege, nichts zu ändern. Ob das Umgangsrecht tatsächlich dem Kindeswohl entspricht, hängt vielmehr ganz vom Einzelfall ab: vom Alter des Kindes und seinem Entwicklungsstand, von seinen Bindungen an beide Eltern, vom Verhältnis der Eltern zueinander, insbesondere von der Einstellung des sorgeberechtigten Elternteils zum Umgang des Kindes mit dem anderen Elternteil, davon, ob die Eltern Kontakte zu neuen Partnern aufgenommen haben und von anderem mehr. Die Fülle der Faktoren, die im ungünstigen Sinne das Verhältnis des nichtsorgeberechtigten Elternteils zum Kind beeinflussen können und häufig auch von Einfluß sind, machen es unmöglich, das Umgangsrecht als ein typischerweise dem Kindeswohle dienendes Recht anzusehen. Es bedeutet im Gegenteil meist keinen positiven Beitrag zum Schicksal der Scheidungswaisen und ist, wenn nicht immer, so doch oft, ein "unglücklicher Versuch, das Kind zu teilen"¹⁶¹⁾. So muß denn auch der BGH an späterer Stelle des zitierten Urteils seinem ersten Ausspruch entgegengesetzt feststellen, das Umgangsrecht sei dem nichtsorgeberechtigten Elternteil verliehen, damit er "wesentlich im eigenen Interesse"

159) Vgl. hierzu die reichhaltigen Nachweise bei Schwoerer, FamRZ 1969, 370 Fn. 42; Horstmann, Zum Problem der personenrechtlichen Beziehungen, S. 125; Giesen, NJW 1972, 226 Fn. 23; Simon, FamRZ 1972, 489 Fn. 40.

160) Siehe statt aller Staudinger-Schwoerer, § 1634 Rz. 12.

161) Kralik, JurBl 1971, 277. Vgl. auch die Ausführungen namhafter Pädagogen: "Von seiten der Arbeitsgemeinschaft für Erziehungsberatung in Nordrhein-Westfalen wurde die Frage der Besuchsregelung einmal auf einer Fachtagung intensiv erörtert, und wir haben alle die Auffassung vertreten, daß es wohl günstiger wäre, wenn das Recht auf Besuche im Falle einer Ehescheidung dem Elternteil, dem das Sorgerecht nicht zugesprochen wird, im allgemeinen zu versagen ist und nur in Ausnahmefällen genehmigt wird, entgegen der heutigen Fassung und den gesetzlichen Vorschriften" (so Bornemann, zitiert nach Taegert, in: Gerichtliche Psychologie, S. 79). Ob der Auffassung in dieser Konsequenz gefolgt werden kann, erscheint allerdings zweifelhaft, weil zu berücksichtigen ist, daß der nichtsorgeberechtigte Elternteil beim Tode des Sorgeberechtigten wieder Inhaber der elterlichen Sorge werden kann (§ 1681). Würde man dem nichtsorgeberechtigten Elternteil den Umgang generell versagen, hätte er kaum jemals Chancen, das Sorgerecht wieder zu erhalten.

die Beziehungen zum Kind persönlich pflegen könne¹⁶²⁾. So - und nur so - stimmt die Aussage in sachlicher Hinsicht.

Doch auch im Schrifttum bestehen teilweise Fehlvorstellungen. So etwa, wenn, mit dem Blick auf die Realitäten des Umgangsrechts in der Praxis, ausgeführt wird, es falle "oft schwer zu glauben, daß das Verkehrsrecht eine im Interesse des Wohles des Kindes geschaffene Vorschrift darstell(e)"¹⁶³⁾.

Die von Reuther festgestellten Differenzen zwischen der Idee des Umgangsrechts und seiner Realität lassen sich indessen auflösen. Das Umgangsrecht ist nicht im Interesse des Kindes geschaffen worden. Sicher wird das Umgangsrecht oft dem Kindeswohl dienen. Fast noch öfter aber ist festzustellen, daß es für die Erziehung und Entwicklung des Kindes günstiger wäre, der Umgang mit dem abwesenden Elternteil unterbliebe. In diesen Fällen aber dient das Umgangsrecht nur noch dem Interesse des abwesenden Elternteils¹⁶⁴⁾.

Weil aber der persönliche Umgang dem Kind oft unzuträglich ist, bedeutet es viel, daß das Umgangsrecht erst beschränkt oder ausgeschlossen werden kann, wenn das Wohl des Kindes dies erfordert (§ 1634 Abs. 2 S. 2). Diese Grenze beinhaltet nichts anderes als eine ausdrückliche und gewollte Anerkennung der Fälle des Umgangsrechts, die nicht dem Kindeswohl entsprechen. Bis zur Grenze der "Gefährdung" reicht der Bereich des "zu gewährenden" Umgangsrechts. Weil sich die Fälle dieses Bereiches nach einhelliger Ansicht in der psychologischen und fürsorgerischen Praxis ebenso oft ungünstig wie günstig (oder zweifelhaft) auf das Kind auswirken, ist das Umgangsrecht dem Gesamtbild nach kein dem Kindeswohl dienendes Institut¹⁶⁵⁾.

162) BGHZ 42, 364 (372). Diesen Widerspruch im Urteil des BGH hat schon Dellian, FamRZ 1969, 365 Fn. 9 gesehen. Er ist auch von Schoerer, FamRZ 1969, 367 und Gernhuber, FamRZ 1973, 242 Fn. 97 zugestanden worden.

163) Reuther, FamRZ 1967, 261.

164) Siehe Engler, FamRZ 1969, 65.

165) Zahlreiche Vorschläge an den Gesetzgeber zur Änderung des Umgangsrechts liegen vor, die allesamt beabsichtigen, das Umgangsrecht zu einem mehr dem Kindeswohle dienenden Institut umzuwandeln. Siehe etwa Ehrechtskommission beim BmdJ, Vorschläge zur Reform, S. 90, 92 oder vgl. die Nachweise über die Stellungnahme der Jugendhilfeverbände bei Zenz, StAZ 1973, 265 Fn. 35.

Hieran ändert auch die Lehre vom Restbestandteil nichts. Es steht mit dem Gesetz nicht im Einklang, wenn unter Bezug auf die genannte Lehre ausgeführt wird, das Umgangsrecht sei - wie das Sorgerecht - "als fremdnütziges Recht zu verstehen"¹⁶⁶⁾ oder wenn, gleichfalls im Hinblick auf den "letzten Rest der elterlichen Gewalt" zu lesen ist, "daß diese gesetzliche Regelung nicht für die Eltern, sondern zum Nutzen der Kinder geschaffen wurde"¹⁶⁷⁾. De lege ferenda sind diese Auffassungen der Unterstützung wert - und de lege ferenda wird ein dieser Art gestaltetes Umgangsrecht auch zu Recht gefordert¹⁶⁸⁾ - dem geltenden Gesetzeszustand entspricht diese Sicht des Umgangsrechts aber nicht. Mit der Lehre vom Restbestandteil ist es nicht möglich, Abhilfe zu schaffen, hier muß vielmehr der Gesetzgeber selbst eingreifen. Zwar hat die Dogmatik eine legitime Aufgabe auch bei der Rechtsfortbildung, doch kann sie diese immer nur in dem Rahmen erfüllen, den das Gesetz zur Verfügung stellt¹⁶⁹⁾. Weil das Umgangsrecht sich aber in der Lebenswirklichkeit oft ungünstig auswirkt und weil es in diesen Fällen generell nicht möglich ist, das Umgangsrecht zu beschränken oder auszuschließen, ist die Fremdnützigkeit durch Gesetzesinterpretation nicht zu erreichen. Die Lebenswirklichkeit ist nicht zu ändern. Und auch das Gesetz kann nicht im Wege der Auslegung umgebildet werden. Denn wenn eine fremdnützige Interpretation ihr Ziel erreichen soll, muß es ihr gelingen, den Tatbestand des Gesetzes so einzugrenzen, daß danach ein Umgangsrecht nur gegeben ist, wenn es im Interesse des Kindes liegt. Diese Auslegung scheitert aber daran, daß mit ihr ein unlösbarer Widerspruch geschaffen würde zwischen der Bedingung, unter der das Umgangsrecht gewährt wird - wenn es im Einzelfall dem Kindeswohl dient -, und der Voraussetzung, unter der es ausgeschlossen werden kann - wenn es das Wohl des Kindes erfordert -. Damit würde aber eine dogmatische Rechts-

166) Horstmann, Zum Problem der personenrechtlichen Beziehungen, S. 124.

167) Nowka, FamRZ 1960, 219.

168) Vgl. W. Becker, Anm. zu LG Hamburg, FamRZ 1971, 589; Zenz, AcP 173 (1973), 540. Auch die Ausführungen von Müller-Freienfels, Ehe und Recht, S. 224 ("Verkehrsrechte...(seien)... nicht im Sinne einer ausgleichenden Gerechtigkeit der Elternteile, sondern "für" das Kind zu regeln...") sind rechtspolitisch gedacht.

169) Siehe zur Abgrenzung der Rechtsdogmatik von der Rechtspolitik näher Simitis, AcP 172 (1972), 133.

fortbildung gegen den klaren Wortlaut und über diesen gegen den Sinn des Gesetzes getrieben. Das ist unzulässig. So wird denn überwiegend die vom Personensorgerecht abweichende Struktur des Umgangsrechts anerkannt, übrigens auch vom heutigen Hauptvertreter der Lehre vom Restbestandteil: "So gewiß es möglich ist, ein Recht auf persönlichen Umgang mit dem Kind zu konzipieren, das allein von dessen Wohl beherrscht ist (...), so gewiß ist auch, daß § 1634 nicht allein dem Kind zugekehrt ist"¹⁷⁰⁾. Damit stellt Gernhuber aber die Richtigkeit der eigenen Lehre in Frage: während er schon früher (im Lehrbuch) die Pflichtgebundenheit des Umgangsrechts verneinen mußte¹⁷¹⁾, muß er nun (in der eben zitierten Abhandlung) die (teilweise bestehende) "Eigennützigkeit" des Umgangsrechts zugestehen. Damit räumt er selbst ein, daß die beiden Wesensbestandteile des Sorgerechts - Uneigennützigkeit und Pflichtgebundenheit - beim Umgangsrecht nicht gegeben sind. Wie kann dann aber das Umgangsrecht als Rest des Sorgerechts betrachtet werden?

Ein anderer Verfasser versucht allerdings, mit der Betonung von Teilaspekten die Lehre vom Restbestandteil in neuerer Zeit zu begründen. Er sieht richtig, daß § 1634 dem Umgangsberechtigten nur ein Recht verleiht, jedoch keine Pflicht auferlegt, ferner auch, daß das Umgangsrecht vornehmlich dem Interesse des Eltern teils dient, nimmt jedoch an, die Charakterisierung der Umgangsbefugnis als verbliebener Rest der Personensorge mache deutlich, daß der umgangsbefugte Elternteil "nicht aus jeder Verantwortung für das Wohl des Kindes entlassen (sei)"¹⁷²⁾. Die elterliche Verantwortung soll nach dieser Auffassung darin zu erblicken sein, daß das Umgangsrecht im Konfliktfalle den Belangen des Kindeswohles weichen muß (§ 1634 Abs. 2 S. 2) und somit unter der Pflicht zur Rücksichtnahme auf das Kindeswohl steht, "auch wenn das im Einzelfall den völligen Verzicht auf die Ausübung der Verkehrsbefugnis bedeuten kann"¹⁷³⁾.

170) Gernhuber, FamRZ 1973, 242.

171) Gernhuber, Lehrbuch, § 53 III 3: "Elterliche Gewalt ist an sich ein subjektives Recht, in dem jeder Befugnis eine Ausübungsverpflichtung korrespondiert. § 1634 I hebt diese Verknüpfung auf und beläßt die Pflicht im moralischen Bereich..."

172) Giesen, NJW 1972, 227.

173) Giesen, wie eben.

Ganz davon abgesehen, daß das Ergebnis des Vergleiches von Personensorgerecht und Umgangsrecht bescheiden anmutet, erscheint schon zweifelhaft, ob insoweit überhaupt Parallelen gezogen werden können. Zwar mag es bei weiter Wortauslegung noch als Verantwortung zu bezeichnen sein¹⁷⁴⁾, wenn ein Elternteil im Interesse des Kindeswohles auf ein Zusammensein mit diesem verzichtet. Doch ist dies keine typisch elterliche Verantwortung und vor allen Dingen nicht diejenige, die im Personensorgerecht angesprochen ist. Elterliche Verantwortung bedeutet hier, sich um das Kind zu kümmern und für es dazusein, bedeutet aber nicht das Gegenteil, nämlich die persönliche Fühlungnahme mit dem Kind zu unterlassen. Miteinander identisch ist bei dieser Betrachtung nur die äußere Hülle, gebildet durch das Wort "Verantwortung", nicht aber der Inhalt des Begriffs.

Auch andere Zeichen gibt es, an denen sich zeigt, daß Sorgerecht und Umgangsrecht getrennte Rechte sind. Es wurde schon festgestellt, daß das Umgangsrecht die Funktion des Sorgerechts - Kindeserziehung - weder hat noch haben darf. Diese Tatsache soll jedoch nicht gegen die Lehre vom Restbestandteil angeführt werden, weil sie aus der Reduktion des Sorgerechts folgen kann und die Rechtsnatur nicht in Frage zu stellen braucht. Andere Merkmale des Sorgerechts hingegen könnten aber trotz des beschränkten Umfangs, den das Umgangsrecht hat, auch bei diesem gelten, dennoch werden sie nicht übernommen, auch von den Vertretern der Lehre vom Restbestandteil nicht. So ist die elterliche Sorge zwar ein höchstpersönliches Recht. Doch gehört sie nicht mehr zu den streng höchstpersönlichen Rechten, weil sie Dritten zur Ausübung überlassen werden kann. So können die Eltern etwa vertraglich Personen, bei denen sich das Kind aufhält - z.B. Pflegeeltern oder Internatserziehern - die tatsächliche Personensorge zur Ausübung übertragen¹⁷⁵⁾. Beim Umgangsrecht hingegen ist eine

174) Die Grenze der Wortbedeutung ist aber wohl überschritten. Verantwortung für einen anderen übernimmt man durch aktives Tun, nicht aber durch passives Verhalten, selbst wenn dies im Interesse des anderen liegen sollte. Anerkennenswert ist freilich, daß Giesen für eine erweiterte Berücksichtigung der Kindesbelange eintritt. Die Lehre vom Restbestandteil ist jedoch, wie gesagt, nicht das geeignete Mittel, sich diesem Ziel zu nähern.

175) Unstreitig: vgl. Gernhuber, Lehrbuch, § 49 II 1,

Übertragung zur Ausübung nicht möglich: Das Umgangsrecht ist streng höchstpersönlich¹⁷⁶⁾.

Auch andere Funktionen des Sorgerechts besitzt das Umgangsrecht nach allgemeiner Ansicht nicht, obwohl es diese an sich haben könnte: so ist es kein Mittel, den sorgeberechtigten Elternteil zu überwachen. Solange beiden Eltern das Sorgerecht zusteht, ist jeder Elternteil kraft dieses Rechts auch zur Überwachung der Kindeserziehung des anderen Partners verpflichtet. Das Umgangsrecht hingegen dient in der Bundesrepublik - anders als in Frankreich, Belgien, Luxemburg oder Italien, wo es Überwachungsfunktion besitzt - allein der Pflege der persönlichen Beziehungen¹⁷⁷⁾. Das wird teilweise schon daraus deutlich, daß keine Pflicht zum persönlichen Umgang besteht. Allerdings ist nicht zu verkennen, daß der Elternteil, soweit er das Umgangsrecht ausübt, oft faktisch kontrollierend tätig wird. Doch ist diese tatsächlich stattfindende Überwachung von einem Recht zu dieser zu unterscheiden¹⁷⁸⁾. Hier ist die Lage ähnlich wie in bezug auf das Erziehungsrecht. Der umgangsberechtigte Elternteil darf zwar das Kind nicht erziehen, weil dies allein Aufgabe des sorgeberechtigten Elternteils ist. Tatsächlich ist jedoch ein erzieherischer Einfluß des umgangsberechtigten Elternteils immer gegeben und nicht zu vermeiden¹⁷⁹⁾.

Abschließend ist daher festzustellen, daß die von den Vertretern der Lehre vom Restbestandteil vorgebrachten Argumente überwiegend nicht stichhaltig scheinen. Soweit Richtiges gesagt wird, betrifft es nicht den Kern des Umgangsrechts, sondern nur periphere Bereiche. Die Lehre vom Restbestandteil kann daher nicht aufrechterhalten werden.

176) Das ist ebenfalls allgemein anerkannt. Vgl. Gernhuber, Lehrbuch, § 53 III 3.

177) Vgl. Staudinger-Schwoerer, § 1634 Rz. 10.

178) Ein Überwachungsrecht ist auch deshalb nicht zu befürworten, weil damit die Unzuträglichkeiten für das Kind erhöht würden. Es wären viele Mißbrauchsmöglichkeiten gegeben, wenn z.B. der sorgeberechtigte Elternteil das Recht bekäme, das Kind über die häuslichen Verhältnisse (etwa über den neuen Partner der Mutter) auszufragen (ein Zusammenhang mit dem Kindeswohl läßt sich mühelos begründen). Daß das Kind oft ohnedies befragt wird, ist kein Anlaß, ein Recht hierzu zu geben.

179) Vgl. Gernhuber, FamRZ 1973, 242. In jedem Fall untersagt sind jedoch bewußte erzieherische Einwirkungen, besonders solche, die das Kind dem sorgeberechtigten Elternteil gegenüber reserviert stimmen sollen (siehe LG Berlin, FamRZ 1973, 99 (100)).

3. Kapitel: Die Lehre vom natürlichen Elternrecht

I. Die Bedeutung der Lehre vom natürlichen Elternrecht in der Rechtsentwicklung

Die praktische Bedeutung der Lehre vom natürlichen Elternrecht wurde bereits in einer ersten Stellungnahme erörtert. Wir sahen, daß das KG aus seiner Auffassung vom Wesen des Umgangsrechts herleitete,

- a) : daß das Umgangsrecht nicht ausschließbar ist,
- b) daß das Umgangsrecht über den Fall der Scheidung hinaus in allen Fällen gewährt werden muß, in denen das Sorgerecht verlorengegangen ist, gleichgültig, ob dies kraft Gesetzes (§§ 1635 a.F., 1680 a.F. = 1676 n.F., 1738), durch Adoption (§ 1764 a.F.) oder durch behördliche Anordnung geschehen ist (§ 1666).

Das natürliche Elternrecht stand damit stellvertretend für die Unauflöslichkeit der natürlichen Eltern-Kind-Beziehung. Weil das Kind seinen Eltern durch Zeugung und Geburt untrennbar zugehört, darf die Rechtsordnung die über das Umgangsrecht bestehende personale Verbindung faktisch nicht durchschneiden (Fall a)) bzw. muß sie den Eltern bei jedem Verlust der elterlichen Sorge eine tatsächliche personale Verbindung zum Kind gewährleisten (Fall b)).

Aber auch noch für eine dritte Frage hatte das natürliche Elternrecht Bedeutung. Das natürliche Elternrecht bereitete den Boden dafür, daß die Rechtsprechung das Persönlichkeitsrecht des Kindes, wie es sich in der Einstellung des Kindes dem umgangsberechtigten Elternteil gegenüber äußerte, nicht anerkannte. Die Judikatur wies zwar das Persönlichkeitsrecht des Kindes nicht ausdrücklich unter Zuhilfenahme des natürlichen Elternrechts in die Schranken, aber doch nur deshalb nicht, weil schon an einer Vorfrage haltgemacht werden mußte: Konnte schon der Schutz des Kindes in Anbetracht des natürlichen Elternrechts nichts zählen, so galt das um so mehr für das Recht des Kindes. Vom Standpunkt des natürlichen Elternrechts aus betrachtet wäre es auch inkonsequent gewesen, das Umgangsrecht durch den Willen des Kindes in Frage

stellen zu lassen, wenn es selbst durch die Gefährdung des Kindes nicht in Zweifel gezogen werden konnte. Diese Frage wird später noch erörtert.

Zunächst soll aber nun die Entwicklung in den drei Fallgruppen, in denen sich das natürliche Elternrecht im Umgangsrecht vorwiegend äußerte, im einzelnen untersucht werden. Dabei wird sich zeigen, wie die Theorie in Anbetracht der gesetzlichen Veränderungen seit dem Inkrafttreten des BGB zu beurteilen ist.

1. Die Blutsbeziehung als Grundlage des Verbots, die über das Umgangsrecht bestehende personale Verbindung zu lösen

Wir haben gesehen, daß das grundlegende Urteil des KG nach Entstehungsgeschichte und Wortlaut des § 1636 a.F. einleuchtend begründet war. Jetzt dürfen wir fortfahren: einleuchtend, aber nicht zwingend. Denn die Materialien waren, wie zitiert, davon ausgegangen, dem Richter werde es gelingen, durch die Art und Weise der Festsetzung des Umgangsrechts einer Gefährdung des Kindes vorzubeugen. Über die Frage aber, wie zu entscheiden ist, wenn sich eine Gefährdung trotz allem nicht vermeiden läßt, herrschte Stille. Dem Gesetzgeber ist diese Möglichkeit ersichtlich nicht bewußt geworden. Das KG hätte also argumentieren können, der Gesetzgeber habe nicht bedacht, daß es durch die Regelung der Art und Weise des persönlichen Umgangs einmal nicht möglich sein könnte, eine Gefährdung des Kindes zu vermeiden. Damit aber wäre das Gericht selbst befugt gewesen, eine sachgemäße Regelung zum Schutz des Kindes zu treffen. Wenn andere Mittel nicht zur Verfügung stehen, hätten diese ausnahmsweise auch in der Untersagung des persönlichen Umgangs liegen können. Einer solchen Auslegung des § 1636 a.F. hätte auch der Wortlaut nicht entgegengestanden, weil die Formulierung "näher regeln" nicht so eindeutig ist, als daß man in Extremfällen nicht auch einen Ausschluß des Umgangsrechts hätte begründen können. Das KG hätte also durchaus eine andere Wahl treffen können. Doch ist dem Gericht die Möglichkeit der Wahl nicht zum Bewußtsein gekommen, weil es mit der Blutsverwandtschaft die rechtsethisch fundierte Lösung entdeckt zu haben glaubte, die letzte Zweifel beseitigte. Die durch die unentrinnbare blutmäßige Beziehung zwischen Elternteil und Kind geknüpften Bande

erschienen kraft des natürlichen Elternrechts unauflöslich. Schon die Zeugung und Geburt begründete eine personale Untrennbarkeit von Elternteil und Kind. Gleichzeitig arbeitete das Gericht damit den Unterschied zwischen dem Personensorgerecht und dem natürlichen Elternrecht heraus: das Personensorgerecht ist den Eltern zu nehmen (§ 1666), letzte auf dem natürlichen Elternrecht beruhende Rechtspositionen hingegen nicht. Hier findet die Macht des Staates ihre Grenze.

Wegen ihrer tiefen Begründung im natürlichen Elternrecht konnte sich die These von der Untrennbarkeit auch gegen positivierte fundamentale Grundsätze der Rechtsordnung behaupten. Das BayObLG war - wie geschildert - der Ansicht, der persönliche Umgang dürfe auch im Falle der Schikane (§ 226) nicht untersagt werden¹⁸⁰⁾. Diese Vorstellung ist nicht mehr aus der Entstehungsgeschichte und dem Wortlaut des § 1636 a.F. zu erklären, sondern nur noch aus der naturrechtlichen Anschauung einer Unzerstörbarkeit der Blutsbindung. Dem Naturrecht hat alles andere, der Schutz des Kindes wie das (ansonsten) allgemein geltende Schikaneverbot, zu weichen.

Eine rigorose Einstellung, gewiß. Doch sollte man folgendes bedenken. Die Richter hatten auch Angst, das Eltern-Kind-Verhältnis in seiner letzten persönlichen Begegnung anzugreifen, Angst davor, die Unantastbarkeit der Eltern-Kind-Beziehung um seltener Ausnahmefälle willen beiseite zu schieben¹⁸¹⁾. Diesen Schritt wollten sie einer eindeutigen Entscheidung des Gesetzgebers überlassen. Insoweit darf man das Urteil als Ausdruck richterlicher Besorgnis und Redlichkeit deuten, wenngleich es in seiner Strenge heute verfehlt erscheint.

180) BayObLG, JFG 4, 37 (39). So auch KG, OLG 31, 403.

181) Siehe zur verwandten Frage der Ersetzung einer Einwilligung der leiblichen Eltern in die Adoption die gleichgerichteten Ausführungen Boschs in den Anmerkungen zu OLG Celle, FamRZ 1961, 33 (35) und AG Achern, FamRZ 1959, 378 (379). Bosch wendet sich gegen den damals geplanten § 1747 Abs. 3 (a.F.) - heute § 1748 - mit dem Bemerken, man solle um seltener Ausnahmefälle willen, in denen es zum Schutze des Kindes gefordert sein könnte, das Elternrecht nicht antasten und nicht "ganz dem Pragmatismus verfallen und prinzipielle Gedanken mehr und mehr beiseite schieben" bzw. "kein neues -verfassungs-widriges- Prinzip" einführen.

Der historische Überblick hat gezeigt, daß diese strenge Rechtsprechung auf die Dauer nicht aufrechterhalten werden konnte. Der Einbruch kam in der Mitte der zwanziger Jahre, als die Jugendbewegung den Blick der Gesellschaft erstmals auf die Probleme der Kindheit lenkte. Damals begann man in der Rechtsprechung einzusehen, daß der Schutz des Kindes in bestimmten Fällen unerläßliches Gebot sein muß, will man das Kind nicht nur als Besitztum seiner Eltern, sondern in gewissem Umfang als eigenständigen Menschen betrachten. Als letztes Mittel erachtete man den einstweiligen oder dauernden Ausschluß des Umgangsrechts für zulässig, wenn anders einer schweren Gefährdung, insbesondere einer Lebensgefährdung, nicht zu begegnen war. Im danach folgenden Jahrzehnt wurden die Anforderungen, die die Rechtsprechung an die Gründe zum Ausschluß des Umgangsrechts stellte, zwar geringer, eine Versagung des Umgangsrechts blieb jedoch immer noch die seltene Ausnahme¹⁸²⁾.

Bereits durch die letzterwähnten vereinzelt Entscheidungen wurde die Theorie von der Unzerstörbarkeit der Eltern-Kind-Beziehung im Bereich des Umgangsrechts in Frage gestellt. Denn ganz gleich, unter welchen Voraussetzungen den Eltern der Zugang zu ihren Kindern versagt werden kann: eine Theorie, die Unauflöslichkeit propagiert, verliert ihren Sinn, wenn die Bande tatsächlich gelöst werden.

Das Jahr 1938 schließlich nahm der Lehre von der unzerstörbaren Blutsbindung den letzten Rückhalt. § 82 Abs. 2 EheG 1938 brachte die gesetzliche Anerkennung der Ausschlußmöglichkeit. Damit verlor die Theorie fast alles, wofür sie in der Vergangenheit gestanden hatte: Sie verlor ihre Aufgabe, Rechtssicherheit zu bieten gegen unkontrollierbare Einbrüche des Pragmatismus in das Eltern-Kind-Verhältnis, sie verlor weiter den Sinn, die schicksalhafte Verknüpfung der Eltern mit ihren Kindern durch die Bande des Blutes zu bewahren und die Staatsmacht zu beschränken, zwar sicher ganz überwiegend im Interesse des Elternteils, aber doch auch im Interesse der Gemeinschaft an der Integrität des Eltern-

182) Siehe zur geschichtlichen Entwicklung auch Staudinger-Schwoerer, § 1634 Rz. 82.

Kind-Verhältnisses in seiner letzten persönlichen Begegnung. Während die Lehre vom natürlichen Elternrecht galt, konnten keine Eltern "ausgeschaltet" werden, weil ihr politischer, religiöser oder persönlicher Lebensstil "nicht paßte". Jetzt aber - 1938 - fiel das Prinzip der Untrennbarkeit endgültig fort, das jedem Sicherheit verhieß: dem Umgangsberechtigten die Sicherheit, daß er unter keinen Umständen endgültig von seinem Kind getrennt werden kann, dem sorgeberechtigten Elternteil die Gewißheit, daß es keinen Nutzen bringt, das Kind gegen den anderen Elternteil aufzuwiegeln, weil er sich mit der Gefährdung des Kindes nur eigene Sorgen schafft, den Anspruch des Umgangsberechtigten aber in keiner Weise einschränken kann. Dem Kind brachte es schließlich die Sicherheit, daß ihm durch keinerlei Machenschaften - sei es von seiten des sorgeberechtigten Elternteils, sei es von seiten der Behörden - der andere Elternteil genommen werden kann.

Die aufgezählten Vorzüge, die die Lehre vom natürlichen Elternrecht bot, waren nicht nur theoretischer Natur. Denn als die Einbrüche in das natürliche Elternrecht kamen, kamen auch die Gefahren! Das ist an der Einführung der Ausschlußmöglichkeit genau zu verfolgen. So segensreich diese sich auswirkte und so sehr sie notwendig war: jedoch ist es kein Zufall, daß sie gerade in der Zeit der nationalsozialistischen Herrschaft in das Gesetz aufgenommen wurde. Sicherlich war die Reform von dem Bestreben geleitet, die "Unzuträglichkeiten, die sich erfahrungsgemäß aus einer mißbräuchlichen Ausnutzung des Verkehrsrechts ergeben, wirkungsvoll zu verhindern"¹⁸³⁾, ebenso sicher ist aber auch, daß die neue Regelung dem nationalsozialistischen Gesetzgeber politisch angenehm erschien, weil sie eine Möglichkeit bot, politisch und rassistisch unerwünschte Personen vom Umgang mit dem

183) So die amtliche Begründung zum Ehegesetz von 1938 (DJ 1938, 1112), zitiert nach Staudinger-Schworer, § 1634 Rz. 83.

Kind auszuschalten¹⁸⁴⁾. Indessen: bei allem Verständnis für die historische Berechtigung einer unbedingten Einstellung, die allerdings in der Zeit, in der sie am nötigsten gewesen wäre, nicht mehr vorhanden war: in der Gegenwart ist sie nicht mehr am Platz. Die Gefahren einer totalitären Herrschaft erscheinen gebannt. Die Eltern genießen Sicherheit vor Beeinträchtigungen wegen ihrer Rasse, wegen ihrer Religion und im allgemeinen auch wegen ihrer politischen Einstellung. Der Mißbrauch, der auch jetzt noch im Einzelfall möglich sein mag, zählt unter diesen Umständen wenig gegenüber der Wohltat, die die Möglichkeit zum Ausschluß des persönlichen Umgangs für das Kind bedeutet. Außerdem könnten wir, selbst wenn wir es wollten, nicht mehr zum Zustand der unbedingten Rechtssicherheit zurück. Dies gebietet der Schutz des Kindes, das als Wesen mit eigener Menschenwürde und mit einem eigenen Recht auf Entfaltung seiner Persönlichkeit im Sinne der Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG Anspruch auf ein Eingreifen des Staates im Falle seiner Gefährdung hat¹⁸⁵⁾. So ist denn die Möglichkeit zum Ausschluß des Umgangsrechts auch nach 1945 im Gesetz geblieben. § 75 EheG 1946 hat die zitierte

184) Vgl. Boschan, Deutsche Rechtspflege 1938, 228, der die neue Vorschrift deshalb begrüßte, weil sie die Möglichkeit eröffnete, "auch Grundsätzen des nationalsozialistischen Staates, vor allem der rassischen und erbgesundheitlichen Fortentwicklung des deutschen Volksganzen entsprechen zu können. Eine schuldig geschiedene, deutschblütige, reichsangehörige Kindesmutter, welche noch heute außerehelichen Geschlechtsverkehr mit einem Juden, der nicht der geschiedene Ehemann ist, unterhält, verstößt gegen so grundlegende Forderungen des nationalsozialistischen Staates und zeigt sich in ihren Anschauungen über Rassereinheit, Sittlichkeit und Volkstumbewußtsein so niedrigstehend, daß ein Zusammenkommen ihres deutschblütigen Kindes mit ihr nicht verantwortet werden kann. Nach Scheidung einer jüdischen Mischehe wird es nicht zu verantworten sein, wenn ein aus dieser Mischehe hervorgegangenes, beim deutschblütigen Elternteil befindliches Kind den jüdischen Elternteil aufsuchen soll, der durch seinen Charakter, seine politische Einstellung, durch deutschfeindliche Haltung usw. eine solche Gefahr für das Kind bedeutet, daß bereits durch einen einzigen Besuch die Seele des Kindes vergiftet und die Erziehungsweise und das Wohl des Kindes wesentlich gestört werden würde." Siehe aber auch die vor der Gesetzesänderung ergangene Entscheidung des OLG München vom 27.10.1936 (JFG 14, 455), in der es abgelehnt wurde, einem Elternteil jüdischer Abstammung den persönlichen Umgang mit seinem aus einer "Mischehe" hervorgegangenen Kind zu versagen. Zu allem auch Staudinger-Schwoerer, § 1634 Rz. 83.

185) BVerfGE 24, 119 (144).

Vorschrift aus dem EheG 1938 wörtlich übernommen.

Das Gleichberechtigungsgesetz hat den neuen § 1634 Abs. 2 S. 2 zwar anders gefaßt, sachlich aber unverändert belassen¹⁸⁶⁾. Das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge wird an § 1634 Abs. 2 S. 2 mit Sicherheit nichts ändern. Damit dürfte die Ausschlußmöglichkeit auf lange Sicht ein fester Bestandteil unseres Rechts bleiben. Die Lehre vom natürlichen Elternrecht als Theorie der personalen Untrennbarkeit ist damit nicht mehr zu halten.

2. Die Blutsbeziehung als Grundlage der Regelung, die das Umgangsrecht des Elternteils nach jedem Verlust der Personensorge gewährleistet

Wir wenden uns nunmehr dem zweiten Fragenbereich zu, in welchem die Lehre vom natürlichen Elternrecht schon in der Vorkriegszeit Wirkungen entfaltete bzw. zu entfalten suchte. Wie wir wissen, sah § 1636 a.F. in Übereinstimmung mit seinen gesetzlichen Vorläufern (ALR II 2 §§ 101, 102) ein Umgangsrecht der Eltern ausdrücklich nur im Falle des Sorgerechtsverlustes durch Scheidung der elterlichen Ehe vor. Unter der Geltung des ALR beschränkte das RG die maßgeblichen Vorschriften jedoch nicht auf diesen Fall. Weil das Gericht das Umgangsrecht als natürliches Elternrecht ansah, sprach es allen Personen, die das Sorgerecht verloren hatten, aber in dem natürlichen Elternverhältnis standen, ein Umgangsrecht zu. Was das BGB anbelangte, wollte das KG Anfang dieses Jahrhunderts ebenso verfahren, wurde jedoch nunmehr vom RG daran gehindert. Damit war in dieser Beziehung der Lehre vom natürlichen Elternrecht die weitere Entwicklung abgeschnitten. Nach der vom RG vertretenen Theorie vom Restbestandteil der Personensorge blieb das Umgangsrecht künftig auf den Fall der Scheidung beschränkt.

Hier brachte das GleichberG von 1957 eine Wende, die in die vom RG abgelehnte Richtung (und damit in die Richtung des natürlichen

¹⁸⁶⁾ Die h.M. ist freilich der Ansicht, das GleichberG habe die Anforderungen an eine Beschränkung des Umgangsrechts verschärft.

Elternrechts) zu weisen scheint. Dieses Gesetz löste das Umgangsrecht aus den Vorschriften über die Sorgerechtsverteilung nach der Scheidung der Ehe, in deren Zusammenhang es selbst noch im EheG 1946 gestanden hatte. § 1634 gilt seit dieser Zeit in allen Fällen des Sorgerechtsverlustes, also auch in den Fällen der §§ 1666, 1676 (str.), 1674, 1738, 1765 i.d.F. des GleichberG (str.). Damit scheint dem Anliegen der Lehre vom natürlichen Elternrecht in diesem Bereich voll entsprochen worden zu sein. Doch der Schein trügt. Denn die heutige gesetzliche Situation ist nicht mit derjenigen zu vergleichen, die um die Jahrhundertwende bestand, weil mit der nunmehr gegebenen Möglichkeit zum Ausschluß des Umgangsrechts im Einzelfall (§ 1634 Abs. 2 S. 2) die Bedeutung der generellen Zubilligung eine andere geworden ist. Während dem KG die generelle Gewährung des Umgangsrechts ein Sinnbild für die faktische Untrennbarkeit von Elternteil und Kind war, weil damit jedem Elternteil ein letzter personaler Kontakt zu seinem Kind immer erhalten bleiben sollte, steht nunmehr hinter der generellen Zubilligung des Umgangsrechts immer die Möglichkeit, dieses im Einzelfall zu versagen. Die Untersagungsmöglichkeit hat gerade, was auch die heutigen Vertreter der Lehre vom natürlichen Elternrecht anerkennen, in denjenigen Umgangsrechtsfällen eine erhöhte Bedeutung, die durch das GleichberG neu hinzugekommen sind¹⁸⁷⁾. Damit ist es aber heute kein Ausdruck des natürlichen Elternrechts - im früheren Sinne - mehr, wenn das Umgangsrecht nunmehr in allen Fällen des Sorgerechtsverlustes generell eingeräumt wird. Früher war auch dieser Fall nur ein Unterfall des allgemeinen Naturrechtssatzes, daß jedem Elternteil ein letzter Kontakt mit seinem Kind bleiben muß: die generelle Zubilligung des Umgangsrechts bedeutete immer gleichzeitig auch die individuelle Zubilligung. Heute hingegen sagt die generelle gesetzliche Einräumung noch nichts darüber aus, ob dem Elternteil tatsächlich auch im Einzelfall ein Umgangsrecht verbleiben kann. Heute ist mit diesem Tatbestand nicht mehr die Idee der Unlösbarkeit der Eltern-Kind-Beziehung verbunden: daher vermag auch die Änderung des BGB durch das GleichberG kein (sicheres) Zeichen für eine erneute Hinwendung

187) Vgl. Dölle, Familienrecht, § 98 I 2; Staudinger-Schwoerer, § 1634 Rz. 87.

des Gesetzes zum natürlichen Elternrecht (im älteren Sinne) zu sein.

Freilich ist nicht zu leugnen, daß die veränderte gesetzliche Situation auf das natürliche Elternrecht hinweisen könnte, so wie es die h.M. heute versteht: unmittelbar auf der Blutsbeziehung beruhend, verbleibt den Eltern das Umgangsrecht in allen Fällen des Sorgerechtsverlustes, kann jedoch bei Gefährdung des Kindeswohles im Einzelfall ausgeschlossen werden.

Aber selbst vom natürlichen Elternrecht im neueren Sinne löst sich das Gesetz. Das zeigt die Rechtsentwicklung in jüngerer Zeit. Durch das Nichteheichen-Gesetz vom 19.8.1969 wurde das Umgangsrecht der leiblichen Eltern im Falle der Adoption generell ausgeschlossen (§ 1765 Abs. 1 i.d.F. des NichteheG). Das ist deshalb bemerkenswert, weil gerade die Frage des Umgangsrechts im Falle der Adoption des Kindes eine zentrale Position einnimmt. Nicht umsonst wurde das Problem, ob die natürlichen Bande auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung ein Umgangsrecht erzwingen, erstmals in einem Fall aufgeworfen und bejahend entschieden, in dem ein Kind adoptiert wurde¹⁸⁸⁾. Und es ist weiter kein Zufall, daß das KG später das natürliche Elternrecht heranzog, um eine Umgangsbefugnis der leiblichen Mutter eines adoptierten Kindes zu begründen¹⁸⁹⁾. Die wesentliche Bedeutung dieser Frage ist erklärlich: Hier wird nicht nur, wie in den anderen Fällen des Umgangsrechts, dem natürlichen Elternteil der Kontakt untersagt, wobei jedoch die Chance verbleibt, daß er später wieder aufgenommen werden kann. Vielmehr läuft der Elternteil hier Gefahr, das Kind gerade deswegen, weil ihm der persönliche Umgang untersagt wird, auf Dauer in personaler Hinsicht an einen anderen Elternteil zu verlieren. Wenn überhaupt, so müßte sich ein natürliches Elternrecht da durchsetzen, wo sich der leibliche Elternteil gegen einen anderen Elternteil, der das Kind an sich zu ziehen versucht, zur Wehr setzen muß. Das Gesetz entscheidet sich dann für das natürliche Elternrecht, wenn es dem leiblichen Elternteil im Falle der Adoption des Kindes ein Um-

188) RGZ 24, 250.

189) KG als Vorinstanz in RGZ 64, 47.

gangsrecht beläßt. Hingegen entscheidet es sich gegen das natürliche Elternrecht, wenn es dem Elternteil selbst in einem Fall das Umgangsrecht untersagt, in dem für ihn alles auf dem Spiel steht. Wie wir wissen, hat der Gesetzgeber mit § 1765 Abs. 1 i.d.F. des Nichtehelichengesetzes den letzteren Weg beschritten, einen Weg, der durch § 1755 Abs. 1 i.d.F. des Adoptionsgesetzes vom 2.7.1976 vollständig ausgebaut wurde.

3. Die Berücksichtigung des Kindeswillens und damit des Persönlichkeitsrechts des Kindes

Wenden wir uns nun der dritten, weniger deutlich wahrnehmbaren Bedeutung des natürlichen Elternrechts zu. Das natürliche Elternrecht verhiess, wie wir gesehen haben, im Bereich der personalen Begegnung eine vom Elternteil her konzipierte Untrennbarkeit von Elternteil und Kind. Gegenüber dem Anspruch des Elternteils auf sein Kind trat im Extremfall auch der Schutz des Kindes völlig zurück. Als eigene Person mit eigenen Rechten war das Kind noch nicht erkannt. Stand somit das natürliche Elternrecht selbst dem Schutz des Kindes entgegen, so noch mehr einem Recht des Kindes. An den Schutz einer Person denken Gesetzgebung und Rechtsanwendung eher und früher als an ihr Recht. Das zeigt ein Blick auf die engere Familienrechtsgeschichte, etwa auf den Rechtszustand, der bis in die jüngere Zeit im Verhältnis der Geschlechter zueinander bestand. Ausgehend vom Mannesrecht untersuchte das BGB ursprünglich lediglich, welche Regelungen zum Schutze der Frau erforderlich erschienen. Heute hingegen prüfen wir in diesem Bereich nur noch, welche Regelungen die Rechte der Frau verlangen (Art. 3 Abs. 2 GG). Dieselbe Entwicklung läßt sich im Kindschaftsrecht beobachten. Im Bereich der elterlichen Sorge erkannte man bereits um die Jahrhundertwende, freilich nur undeutlich, daß das Kind vor seinen Eltern Schutz benötigen kann (§§ 1666, 1667 usw.). Ein eigenständiges Recht des Kindes ergab sich daraus noch nicht. Ein solches wird erst - nachdem es bisher schon teilweise in der Rechtsprechung anerkannt wurde - in der Zukunft im Gesetz zum Ausdruck kommen (vgl. etwa § 1626 Abs. 2 Entw.). Im Bereich des Umgangsrechts hingegen hinderte das natürliche Elternrecht zunächst sogar die Frage nach dem Schutz des Kindes. Dies nicht nur im Gesetz,

sondern sogar in der Rechtsprechung, wo Maßnahmen zum Schutz des Kindes erst in der Mitte der zwanziger Jahre ergriffen wurden. Der Gesetzgeber folgte dieser Entwicklung erst fünfzehn Jahre später. Vom Recht des Kindes aber war bis weit in die dreißiger Jahre hinein selbst in der Rechtsprechung noch nicht die Rede: in bezug auf das Recht des Kindes hatte das natürliche Elternrecht das Feld behaupten können. Hier brachte erst das Jahr 1938 den Umschwung, vorerst wieder in der Rechtsprechung. Die Richter des KG erklärten die Weigerung einer "fast achtzehnjährigen im Berufsleben stehenden Tochter", die ihren Vater aus - von ihr aus gesehen - verständlichen Motiven nicht besuchen wollte, für erheblich und lehnten eine Umgangsregelung ab¹⁹⁰⁾. Leider besitzt auch dieser für die Anerkennung des Persönlichkeitsrechts des Kindes grundlegende Beschluß ein zweideutiges Gesicht. Denn es ist wahrscheinlich kein Zufall, daß das Persönlichkeitsrecht des Kindes in einer Entscheidung zur Anerkennung gelangte, in der der Vater als "politisch unzuverlässig" angesehen wurde.

Ganz gleich aber, wie der bahnbrechende Richterspruch motiviert sein mochte; in den folgenden Jahrzehnten erkannte die Rechtsprechung das Persönlichkeitsrecht des Kindes allgemein an und ließ den Kindeswillen dort gelten, wo es sich um "nahezu erwachsene Kinder" handelte, deren Abneigung gegen den umgangsberechtigten Elternteil auf "verständlichen Gründen" beruhte. Bereits damit aber gab die Judikatur das natürliche Elternrecht auch als Gegenspieler zum Persönlichkeitsrecht des Kindes auf. Was danach noch folgte, waren nähere Konkretisierungen des Kindesrechts. Sie sind im einzelnen, da es hier nur um das Grundproblem geht, weniger bedeutsam. Dabei soll freilich nicht die weitere Entwicklung übersehen werden, die besonders ab 1965 dazu führte, daß deutlicher als bisher das Persönlichkeitsrecht des Kindes betont wurde. So wurden die Anforderungen, die in bezug auf die Berücksichtigung des Kindeswillens an das Erwachsensein der Kinder gestellt werden, zunehmend herabgesetzt. Heute bestehen bei siebzehnjährigen Kindern in der Regel keine Zweifel am eigenen Entscheidungsrecht¹⁹¹⁾. Die Altersgrenze sinkt weiter ab, wenn verständliche Motive vor-

190) KG, JW 1938, 1334.

191) OLG Düsseldorf, FamRZ 1969, 664 (Jugendl. fast 17 Jahre alt); KG, FamRZ 1970, 93 (17 Jahre alt).

liegen. So erklärte das OLG Hamm bereits den Willen eines fünfzehnjährigen Kindes für beachtlich. Das geschah allerdings in einem Fall, in dem die Jugendliche Geschwister von achtzehn und neunzehn Jahren besaß, die sich ebenfalls weigerten, den umgangsberechtigten Elternteil zu besuchen¹⁹²⁾. Die Grenze der bisherigen Entwicklung in der Rechtsprechung scheint in einer Entscheidung des LG München erreicht, in dem das Persönlichkeitsrecht von Kindern im Alter von fünfzehn und vierzehn Jahren anerkannt wurde¹⁹³⁾.

Ungeachtet der schon seit langem bestehenden Ansicht in der Judikatur konnte sich der Gesetzgeber freilich in den letzten Reformwerken (unter dem Einfluß des natürlichen Elternrechts) noch nicht dazu entschließen, das Persönlichkeitsrecht des Kindes im Umgangsrecht auch gesetzlich anzuerkennen. Hier wird jedoch das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge eine Änderung bringen. Sollte der RegEntw Gesetz werden, so darf künftig "gegen den Willen des Kindes, das das vierzehnte Lebensjahr vollendet hat oder das nach seinem Entwicklungsstand zu einer selbständigen Beurteilung fähig ist"¹⁹⁴⁾, die Befugnis zum persönlichen Umgang nicht ausgeübt werden. Damit wird aber in Zukunft das Gesetz selbst die Lehre vom natürlichen Elternrecht auch in diesem Punkt als unrichtig erweisen.

Wir fassen kurz zusammen: Die Lehre vom natürlichen Elternrecht im älteren Sinne ist durch die gesetzliche Entwicklung widerlegt. Eine personale Untrennbarkeit von Elternteil und Kind ist im Gesetz nicht mehr anerkannt. Dem Schutz des Kindes trägt das Gesetz Rechnung, indem es das Umgangsrecht in bestimmten Fällen entweder generell ausschließt (§ 1755 Abs. 1 i.d.F. des Adoptionsgesetzes) oder im Einzelfall dem Richter die Befugnis einräumt,

192) OLG Hamm, FamRZ 1965, 83.

193) LG München, FamRZ 1971, 311.

194) Die Anerkennung des Kindeswillens bei allen Kindern, die sich ein eigenes Urteil bilden können, hat erst der Regierungsentwurf gebracht. Im Referentenentwurf war noch die starre 14-Jahresgrenze vorgesehen. Das wurde mit Recht allgemein für verfehlt gehalten. Vgl. Kuntze, JR 1973, 273 (275); Beitzke, ZBlJugR 1973, 121 (124); Bosch, FamRZ 1973, 489 (517); Zenz, StAZ 1973, 257 (267); wohl auch Gernhuber, FamRZ 1973, 229 (241).

das Umgangsrecht zu beschränken oder zu untersagen (§ 1634 Abs. 2 S. 2). Dem Persönlichkeitsrecht des Kindes versucht das Gesetz dadurch gerecht zu werden, daß es seinen Willen in gewissem Umfang anerkennt (§ 1634 Abs. 1 S. 2 Entw.).

Die gesetzliche Entwicklung ist den heutigen Vertretern des natürlichen Elternrechts nicht unbekannt. Wie stellen sie sich zu den geschilderten Einbußen, die die Lehre hinnehmen mußte? Wieso glauben sie, die Lehre vom natürlichen Elternrecht noch heute aufrechterhalten zu können? Offenbar verstehen sie das natürliche Elternrecht anders als die historischen Vorgänger. Wie sie es genau begreifen, soll nunmehr erörtert werden.

Teilweise setzen die heutigen Vertreter dieser Lehre das natürliche Elternrecht nicht mehr mit der Idee der personalen Untrennbarkeit gleich. So ist Schwoerer etwa der Meinung, der von der früheren Auffassung gezogene Schluß von der Blutsbeziehung auf die Nichtbeschränkbarkeit des Umgangsrechts sei nicht zwingend gewesen¹⁹⁵⁾. Rein logisch gesehen hat Schwoerer recht. Es ist nicht zu "beweisen", daß die untrennbare biologische Verbindung auch persönliche Untrennbarkeit verheißt. Die Frage ist jedoch, ob man die Verschwisterung von Blut und Untrennbarkeit aufheben kann. "Blut" hat im historischen Entwicklungsgang immer etwas bezeichnet, über das dem Menschen - dem Einzelnen wie der Gemeinschaft - keine Verfügungsmacht zukommen soll.

Betrachten wir das Erbrecht. In den deutsch-rechtlichen Sprüchen "Das Gut rinnt wie das Blut", "Gott, nicht der Mensch macht den Erben", "Das Erbe geht durch das Blut" wird festgestellt, daß der einzelne Angehörige einer Familie über das Erbgut nicht verfügen kann¹⁹⁶⁾. Hier scheinen die Blutsbände gleichsam eine Regelung zu erzwingen. In diesen Sprüchen kommt die Vorstellung

195) Staudinger-Schwoerer, § 1634 Rz. 82.

196) Vgl. auch die schon erwähnten Protokolle zum BGB, die es ablehnten, in Analogie zu § 2335 BGB (Pflichtteilsentziehung gegenüber Ehegatten) eine Generalklausel für die Pflichtteilsentziehung gegenüber Abkömmlingen zuzulassen, weil das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern "durch die Natur begründet sei und vollständig überhaupt nicht beseitigt werden könne" (Prot. z. BGB, Band 5, S. 553 f.).

zum Ausdruck, daß die Rechtsfolgen gar nicht anders sein können, da die biologischen Gegebenheiten nun einmal so sind. Heute wissen wir, daß bereits die Tatsache, daß die Blutsbande im Hinblick auf das Erbrecht für entscheidend gehalten werden, eine Wertung ausdrückt, die auch anders hätte ausfallen können. Die Wertung liegt darin, daß der Realfaktor "Blut" zur Basis einer rechtlichen Regelung genommen wird und nicht eine andere Gegebenheit, wie z.B. die ideelle Vorstellung einer "Freiheit der Einzelperson".

So sehr es also stimmt, daß der Schluß von der Blutsbeziehung auf die Nichtbeschränkbarkeit des Umgangsrechts nicht zwingend ist, so sehr ist doch ebenso richtig, daß an die Blutsbeziehung üblicherweise die Wertidee der Untrennbarkeit und Unverfügbarkeit geheftet ist. Bei Werten aber gibt es ohnehin kein zwingend oder nicht zwingend im logischen Sinne, denn Werte sind aufgrund ethischer Überlegungen verpflichtend oder nicht verpflichtend. So ist es zwar möglich, das natürliche Elternrecht von der Theorie der personalen Untrennbarkeit zu lösen. Nur muß man sich dann über den Wandel im Verständnis des natürlichen Elternrechts im klaren sein und über die Sinnentleerung des Begriffs "natürliches Elternrecht". Besonders hat man sich den Verlust der Aufgabe dieser Lehre vor Augen zu führen, die darin bestand, Rechtssicherheit zu bieten gegen zu weitgehende Eingriffe des Staates in das Eltern-Kind-Verhältnis. So kann die Lehre heute nichts mehr konkret besagen, sichere Folgerungen sind aus ihr nicht mehr zu ziehen. Sie kann höchstens eine ganz allgemeine Richtlinie zur Auslegung der Vorschrift bieten, etwa diejenige, das Umgangsrecht wegen seines Charakters als natürliches Elternrecht möglichst unangetastet zu lassen. Eine Subsumtionshilfe vermag dies sicher noch zu sein. In welcher Beziehung sie sich tatsächlich äußert, soll gleich behandelt werden.

Erweiterte Ziele mögen hingegen die Anhänger der sog. Substanztheorie¹⁹⁷⁾ verfolgen: Diese glauben an die Untrennbarkeit und an eine unentziehbare Rechtsposition der Eltern. Freilich können sie die Untrennbarkeit nicht mehr so real begreifen wie die

197) Siehe Fn. 101.

ehemaligen Vertreter vom natürlichen Elternrecht dies taten. Denn am Gesetz mit der eindeutig gegebenen Ausschlußmöglichkeit können sie nicht vorbei. Daher müssen sie versuchen, die Diskrepanz zwischen Theorie und Rechtswirklichkeit durch Konstruktionen zu überwinden.

Wie die Anhänger der Substanztheorie im Bereich des Umgangsrechts verfahren wollen, ist allerdings nicht bekannt. Doch kennen wir die konstruktiven Bemühungen der Substanztheorie in anderen Gebieten des Kindschaftsrechts und können die dort gegebene Begründung sinngemäß auf das Umgangsrecht übertragen. Würden die Anhänger der Substanztheorie gefragt, so würden sie wahrscheinlich argumentieren, daß das Umgangsrecht dem Elternteil immer der Substanz nach verbleibe, auch wenn es der Ausübung nach im Einzelfall ausgeschlossen werden müsse. Damit würde die frühere Bedeutung der Lehre, daß das Umgangsrecht real nicht nehmbar ist, in diejenige umgewandelt, daß es der Substanz nach nicht genommen werden kann. Diese Wandlung aber zeigt, daß die Lehre nicht mehr aufrechterhalten werden kann. Was sich einstmals real aus der Lehre ergab, folgt jetzt nur noch fiktiv aus ihr. Faktisch ist das Recht dem Elternteil genommen. Nach dem Gesetz kann das Umgangsrecht vom Familiengericht eingeschränkt oder ausgeschlossen werden (§ 1634 Abs. 2 S. 2) oder es ist sogar, wie § 1765 Abs. 1 i.d.F. des Nichtehelichengesetzes generell sagte, "ausgeschlossen". Weder im Leben noch im Gesetz ist etwas von einer verbliebenen Substanz zu bemerken. Die Untrennbarkeitslehre ist also auch mit der Substanztheorie nicht zu begründen.

Sieht man von der Abwandlung bezüglich der fiktiven Untrennbarkeit ab, vertreten die Anhänger der Substanztheorie hinsichtlich des natürlichen Elternrechts die gleiche Auffassung wie die vorher genannten Verfasser. Auch sie möchten mit dem natürlichen Elternrecht sagen, daß das Umgangsrecht nicht nur in der Fiktion, sondern möglichst auch in der Realität unangetastet bleiben soll. Im Hinblick auf die praktischen Konsequenzen der Lehre vom natürlichen Elternrecht ist es daher möglich, die beiden Auffassungen ("schlichte" Theorie und Substanztheorie) zusammen zu behandeln.

II. Die gegenwärtige Bedeutung der Lehre vom natürlichen Elternrecht

Wie also äußert sich das natürliche Elternrecht in praktischer Hinsicht? Es ist hier im wesentlichen der Einfluß auf drei Fragenbereiche zu unterscheiden:

1. Das natürliche Elternrecht hat zur Folge, daß strenge Anforderungen an einen Eingriff in das Elternrecht zu stellen sind. Die Beschränkung oder der Ausschluß des Umgangsrechts muß möglichst die seltene Ausnahme bleiben.
2. Das natürliche Elternrecht bedingt, daß sich das Elternrecht - von Extremfällen abgesehen - auch gegen das Kindesrecht durchsetzt.
3. Die Lehre vom natürlichen Elternrecht kann schließlich die für alle Probleme des Umgangsrechts "entscheidende Frage" sachgemäß beantworten, wie der Inhalt von Sorgerecht und Umgangsrecht gegeneinander abzugrenzen ist, weil sie in diesen "zwei grundsätzlich verschiedene Rechte sieht, die beide gleich stark im natürlichen Elternrecht wurzeln"¹⁹⁸⁾.

Die genannten Fragenbereiche sollen nunmehr im einzelnen untersucht werden.

1. Strenge Anforderungen an einen Eingriff in das Umgangsrecht

Deutlich ist die Vorstellung eines natürlichen Elternrechts in die heutige Interpretation des § 1634 Abs. 2 S. 2 eingegangen. Wie erwähnt ist der durch das GleichberG geschaffene § 1634 die Folgevorschrift von § 75 EheG 1946. § 75 Abs. 2 S. 2 EheG 1946 hatte den Ausschluß des Umgangsrechts zugelassen, wenn "dies aus besonderen Gründen dem Wohle des Kindes dient". Genau denselben Wortlaut besaß noch § 1634 Abs. 2 S. 2 i.d.F. des 1. Entwurfs eines Gleichberechtigungsgesetzes. Der 2. Entwurf eines Gleichberechtigungsgesetzes, der später Gesetz wurde, führte hingegen

¹⁹⁸⁾ Siehe Staudinger-Schwoerer, § 1634 Rz. 4.

§ 1634 Abs. 2 S. 2 mit dem jetzigen Wortlaut in das BGB ein. Danach ist eine Beschränkung des persönlichen Umgangs dann zulässig, wenn dies "zum Wohle des Kindes erforderlich ist". Die Anhänger der zu jener Zeit neu belebten Lehre vom natürlichen Elternrecht sahen darin ein deutliches Zeichen, daß die neue Fassung "das Recht der Eltern entsprechend einer allgemeinen Tendenz des Gesetzgebers verstärkt" habe¹⁹⁹⁾. Jedoch ist sicher, daß der Gesetzgeber eine Verschärfung der Anforderungen an eine Beschränkung des Umgangsrechts nicht beabsichtigt hat. In der Begründung zum 2. Entwurf des GleichberG ist ausdrücklich angeführt, § 1634 Abs. 2 stimme sachlich mit § 75 Abs. 2 EheG überein²⁰⁰⁾. Die späteren Interpreten haben den Fehler begangen, in das Gesetz hineinzulegen, was sie aus ihm herauszulesen wünschten. Denn daß das Gesetz dem objektiven Wortsinne nach wirklich eine Verschärfung der Anforderungen gebracht hat, ist zu bestreiten. Der Wortlaut des § 1634 Abs. 2 S. 2 ist flexibel genug, auch der vom Gesetzgeber beabsichtigten § 75 Abs. 2 S. 2 EheG entsprechenden - kindesgerechteren - Deutung Raum zu geben. Das sehen wir an § 1671 Abs. 2 BGB. Nach dieser Vorschrift darf das Familiengericht von einem gemeinsamen Vorschlag der Eltern über die Verteilung der elterlichen Sorge nur abweichen, "wenn dies zum Wohle des Kindes erforderlich ist". Obwohl § 1671 Abs. 2 damit den gleichen Wortlaut besitzt wie § 1634 Abs. 2 S. 2, wird § 1671 anders interpretiert als die letztgenannte Bestimmung. In § 1671 Abs. 2 wirkt freilich nicht die Vorstellung eines natürlichen Elternrechts. Daher genügt es nach allgemeiner Ansicht, daß "triftige, das Wohl des Kindes nachhaltig berührende Gründe vorliegen und ohne die Abweichung eine ungünstige Entwicklung des Kindes zu besorgen wäre, wenn auch nicht gerade eine Gefährdung oder eine objektive Schädigung seines geistigen oder leiblichen Wohles oder seines Vermögens"²⁰¹⁾. Ähnlich gering

199) Vgl. Schnitzerling, FamRZ 1958, 445; OLG Karlsruhe, FamRZ 1958, 332. Begründet wird diese Ansicht näher mit dem (verfehlten) Hinweis auf Art. 6 GG und - an sich zutreffend - noch damit, daß auch die Voraussetzungen für eine Anordnung der Sorgerechtpflegschaft in § 1671 Abs. 5 BGB gegenüber § 74 Abs. 4 EheG verschärft worden seien.

200) Begr. S. 34, zitiert nach OLG Karlsruhe, FamRZ 1958, 332 (333).

201) Vgl. KG, FamRZ 1958, 423 (424), das die Bedeutung des Wortlauts "zum Wohle des Kindes erforderlich" durch einen Vergleich dieser Vorschrift mit den §§ 1696, 1671 Abs. 3 S. 2 BGB, 74 Abs. 1 u. 2 EheG herausarbeitet.

sind übrigens auch die Anforderungen, die Rechtsprechung und Lehre an die Tatbestandsmerkmale des § 1671 Abs. 4 BGB stellen: "Erfordert es das Wohl des Kindes", so heißt es in § 1671 Abs. 4 - bis auf die Wortumstellung - gleichlautend mit den §§ 1671 Abs. 2, 1634 Abs. 2 S. 2, "so kann einem Elternteil die Sorge für die Person, dem anderen die Sorge für das Vermögen des Kindes übertragen werden". Das heißt aber nach allgemeiner Ansicht, daß der Richter vom Regelfall der Übertragung der gesamten elterlichen Sorge an einen Elternteil schon dann absehen kann, wenn die bessere Eignung des nicht erziehungsberechtigten Elternteils zur Vermögensverwaltung so erheblich ist, daß sie die Nachteile einer gespaltenen elterlichen Sorge aufwiegt²⁰²⁾.

Anders als bei § 1671 wird aber dort interpretiert, wo - wie im Umgangsrecht - ein "natürliches Elternrecht" eingeschränkt werden soll. Hier muß das Wohl des Kindes durch den persönlichen Umgang gefährdet sein, hier dürfen andere Mittel, das Kind vor Gefahren zu schützen, nicht vorhanden sein. hier kann eine völlige Untersagung des Umgangsrechts nur als letzter Ausweg in ganz seltenen Fällen in Betracht kommen²⁰³⁾.

Teilweise wird allerdings versucht, näher zu begründen, daß das GleichberG eine Verschärfung der Anforderungen an die Beschränkung des Umgangsrechts gebracht hat. So wird darauf verwiesen, daß seit damals strengere Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit eine Sorgerechtsvormundschaft oder Pflegschaft angeordnet werden kann (§ 1671 Abs. 5)²⁰⁴⁾. Doch wird bei diesem Hinweis übersehen, daß § 1671 Abs. 5 für die Übertragung des Sorgerechts an einen Vormund oder Pfleger nicht nur verlangt, daß "dies das Wohl des Kindes erfordert". Verlangt ist in § 1671 Abs. 5 vielmehr, daß die Übertragung "erforderlich ist, um eine Gefahr für das geistige oder leibliche Wohl oder das Vermögen des Kindes abzuwehren". Eine "Gefahr" für das Wohl des Kindes fordert jedoch § 1634

202) Vgl. Gernhuber, Lehrbuch, § 56 II 3; KG, FamRZ 1962, 432.

203) Allgemeine Ansicht. Vgl. Staudinger-Schwoerer, § 1634 Rz. 86, 87; Erman-Ronke, § 1634 Rz. 27; Dölle, Familienrecht, § 98 IV. Aus der neueren Rspr. etwa OLG Hamm, FamRZ 1966, 317; OLG Karlsruhe, FamRZ 1967, 633; KG, FamRZ 1968, 260; BayObLG, FamRZ 1968, 269.

204) Siehe Schnitzerling, FamRZ 1958, 445 Fn. 9.

Abs. 2 S. 2 nicht. Eine Parallelinterpretation von § 1634 Abs. 2 S. 2 und § 1671 Abs. 5 ist daher nicht gerechtfertigt. Mit der Begründung zum Entwurf des Gleichberechtigungsgesetzes ist vielmehr davon auszugehen, daß durch § 1634 Abs. 2 S. 2 gegenüber früher die Anforderungen an die Beschränkung des Umgangsrechts nicht verschärft worden sind. Die von den Anhängern des natürlichen Elternrechts bemerkte Verschärfung ist ein Produkt der eigenen Vorstellung.

2. Das Elternrecht setzt sich gegen das Kindesrecht durch

Die Interpretationshilfe, die die Anhänger des natürlichen Elternrechts aus ihrer Lehre gewinnen, zeigt sich auch bei der Frage der Berücksichtigung des Kindeswillens. Jetzt wird aus dem natürlichen Elternrecht allerdings nicht mehr - wie früher - hergeleitet, daß der Kindeswille völlig unberücksichtigt zu lassen ist. Nur kann - analog der eben behandelten Frage des Kindesschutzes - der Kindeswille gegenüber dem Elternrecht nicht "zu sehr" zählen, er kann das Elternrecht nicht "zu sehr" beschränken und ist "möglichst außer Betracht" zu lassen. Deutliches Zeichen dieser Einstellung ist die reservierte Haltung, die die Anhänger des natürlichen Elternrechts gegenüber der fortschreitenden Berücksichtigung des Kindeswillens in der Rechtsprechung einnehmen. So bezeichnet Hermann Lange bereits eine Entscheidung als "Grenzfall", in der eine Umgangsregelung wegen des Widerstandes eines fast sechzehnjährigen Mädchens abgelehnt wurde²⁰⁵⁾. Hier hat das natürliche Elternrecht damit nur noch die Aufgabe, vor der "Aushöhlung der Elternrechte" durch die allzu intensive Berücksichtigung des Kindeswillens zu warnen.

3. Die Gleichrangigkeit des Umgangsrechts mit dem Sorgerecht

Die dritte Funktion, die dem natürlichen Elternrecht in der Gegenwart noch eigen ist, besteht darin, seine grundsätzliche Gleichrangigkeit mit dem Sorgerecht auszudrücken: "Beide Rechte haben das gleiche Gewicht des natürlichen Elternrechts"²⁰⁶⁾. Mit dieser

205) Soergel-Siebert-Lange, § 1634 Rz. 20. Siehe auch Staudinger-Schwoerer, § 1634 Rz. 118.

206) Staudinger-Schwoerer, § 1634 Rz. 12.

Argumentation wird der Sinn des Elternrechts nicht berücksichtigt. Es wird nicht gesehen, daß über den Rang des Elternrechts allein seine Bedeutung für das Kindesinteresse ausschlaggebend sein kann. Die Idee einer Gleichrangigkeit von Sorgerecht und Umgangsrecht aber ist damit nicht aufrechtzuerhalten. Das Sorgerecht der Eltern ist für die gedeihliche Entwicklung des Kindes unerlässlich. Das Umgangsrecht hingegen würde, wenn es fehlte, dem Kind in der Regel nicht schaden, sondern oft sogar, da es seelische Gefahren mit sich bringt, seiner Entwicklung förderlich sein. Gerade wenn man davon ausgeht, daß das GG das primäre Elternrecht "um der Kinder willen" verstärkt hat, ist die These der Gleichrangigkeit verfehlt.

Wenn es ernsthaft zum Konflikt zwischen Sorgerecht und Umgangsrecht kommt, muß Schwoerer denn auch gezwungen argumentieren, um seine Auffassung zu begründen. Nehmen wir hierzu den bekannten Fall, daß der sorgeberechtigte Elternteil mit dem Kind aus triftigen Gründen auswandern will und der umgangsberechtigte Elternteil dem widerspricht²⁰⁷⁾. Jedem einsichtig Denkenden ist klar, daß die Auswanderung nicht am Widerstand des umgangsberechtigten Elternteils scheitern kann. Sachlich gibt das auch Schwoerer zu. Wieso aber tritt das angeblich gleichrangige Umgangsrecht in diesem Fall hinter das Sorgerecht zurück? Schwoerer will das Problem damit lösen, indem er darauf abhebt, daß das "inhaltlich beschränkte Recht" dem "umfassenden Sorgerecht" zu weichen hat²⁰⁸⁾. Aber ist diese Begründung brauchbar? Bei gleichrangigen Rechten gibt es, so weit das Recht jeweils reicht, kein Übergewicht des einen Rechts über das andere. So weit das weniger umfassende Recht reicht, kann es nicht durch ein umfassenderes Recht beeinträchtigt werden. Wer den gleichen Rang der Rechte behauptet, kann nicht aus dem Umfang der Rechte etwas anderes folgern. Nach richtiger Auffassung muß das Umgangsrecht deshalb weichen, weil es das schwächere Recht gegenüber dem stärkeren Sorgerecht ist²⁰⁹⁾. Und das schwächere Recht ist das Umgangsrecht deshalb, weil sich die Ranghöhe des Elternrechts nach seiner Funktion im Kindesinteresse bestimmt. Nur Eltern,

207) RGZ 141, 319; OLG Neustadt, FamRZ 1963, 300.

208) Staudinger-Schwoerer, § 1634 Ergänzung zu Rz. 13.

209) Siehe Palandt-Diederichsen, 35. Aufl., § 1634 Anm. 1.

die einig sind, haben gleichrangige Elternrechte, geschiedene Eltern nicht mehr, weil bei ihnen das notwendige Zusammenwirken im Kindesinteresse nicht mehr gewährleistet ist.

4. Der Rückzug der Lehre vom natürlichen Elternrecht

Die Anhänger der heutigen Lehre vom natürlichen Elternrecht fühlen sich allerdings trotz der geschilderten Entwicklung nicht betroffen. Sie sehen im natürlichen Elternrecht, im Schutz des Kindes und auch in den Rechten des Kindes insoweit keine unüberwindbaren Gegensätze, als sich Maßnahmen des Staates zum Schutz des Kindes und zur Gewährleistung seiner Rechte - ganz allgemein gesprochen - "im Rahmen" halten. Die heutige Vorstellung vom natürlichen Elternrecht ist geläutert. Heute bezieht man sich darauf, daß auch dem Naturrecht Konflikte bekannt seien und daß der Schutz des Kindes ein "wichtiges Gegengewicht" zum Elternrecht bilden könne²¹⁰⁾. Der herrschenden Ansicht scheint daher das natürliche Elternrecht erst heute richtig verstanden, während es früher zu einseitig begriffen wurde²¹¹⁾.

Wir müssen den heutigen Standpunkt dennoch mit Zweifeln betrachten. Denn objektiv besehen sieht es so aus, als würde das natürliche Elternrecht heute deshalb limitiert, weil sich die frühere rigorose Auffassung in Anbetracht des herrschenden Zeitgeistes und der heutigen Gesetzeslage ohnehin nicht mehr halten läßt. Es scheint, als sei die Lehre vom natürlichen Elternrecht gezwungen, ihre Stellung zurückzunehmen und verteidige sich im Rückzug. Während früher - von der angenommenen Basis aus - eindeutige und folgerichtige, wenn auch sachlich untragbare, Ergebnisse erzielt wurden (das Umgangsrecht ist nicht auszuschließen, der Kindeswille ist unbeachtlich), ist das heute nicht mehr möglich. Wer will aus dem natürlichen Elternrecht zwingend herleiten, daß das Umgangsrecht erst dann beschränkt werden kann, wenn das Kind ernsthaft gefährdet wird und nicht schon eher, und wer kann behaupten, daß der Kindeswille wegen des natürlichen Eltern-

210) Peters, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Grundrechte, S. 386.

211) Siehe Staudinger-Schwoerer, § 1634 Rz. 82; Schworer, NJW 1964, 7.

rechts frühestens bei einem nahezu erwachsenen Kind erheblich sein kann und nicht schon früher?

Doch sollen diese Schwächen der herrschenden Lehre nunmehr auf sich beruhen. Eine eingehende Auseinandersetzung muß versuchen, die Lehre vom natürlichen Elternrecht von der Basis her anzugehen. Im folgenden soll daher untersucht werden, ob das Umgangsrecht seinem gesetzlichen Erscheinungsbild nach "ein auf der engsten Blutsverwandtschaft zwischen Eltern und Kindern beruhendes natürliches Elternrecht" sein kann. In der folgenden Erörterung gliedern wir diese Frage auf. Im 4. Kapitel wird geprüft, ob das Umgangsrecht tatsächlich auf dem engen Verwandtschaftsverhältnis beruht. In Auseinandersetzung damit wird versucht, eine eigene Auffassung zu begründen. Anschließend wird im 5. Kapitel dem Problem nachgegangen, ob das Umgangsrecht einen naturrechtlichen Inhalt besitzt. Die erste Frage bezieht sich auf die Grundlage des Rechts, die zweite auf seine Rechtsqualität.

4. Kapitel: Neubegründung des Umgangsrechts in Auseinandersetzung mit der Lehre vom natürlichen Elternrecht

I. Erörterung der Lehre vom natürlichen Elternrecht:

Hat das Umgangsrecht seine Grundlage im engsten natürlichen Verwandtschaftsverhältnis?

1. Der Begriff der Grundlage des Umgangsrechts

Zunächst ist zu klären, was unter dem Begriff der "Grundlage des Umgangsrechts" verstanden werden soll. Rechtstheoretisch begreifen wir unter der "Grundlage des Umgangsrechts" den die Norm des § 1634 tragenden gesetzgeberischen Leitgedanken. Genauso wird der Begriff der Grundlage von der h.M. verstanden, wenn sie in der durch Zeugung und Geburt vermittelten Beziehung der Eltern zu ihren Kindern den tragenden Grund der Vorschrift sieht.

Wie schon zur Auffassung des KG dargelegt wurde, ist also die Grundlage eines Rechts nicht - wie man vielleicht denken könnte - eine tatsächliche Lebensgegebenheit. Die Grundlage ist alleine in der Bewertung des Gesetzgebers zu sehen, der sich freilich mit der Wertung an einen faktischen Lebenssachverhalt anschließen kann. Nicht selten ist der Gesetzgeber sogar in der Wertung durch soziale Tatbestände gebunden. Er muß einen Lebenssachverhalt aufgreifen, wenn die Natur der Sache eine bestimmte lebensrechtliche Regelung objektiv erzwingt. Er wird tatsächliche Lebensgegebenheiten aufgreifen, wenn ihm diese aufgrund bestimmter - meist naturrechtlicher - Vorstellungen zwingend erscheinen. Und schließlich kann der Gesetzgeber an lebensmäßigen Gegebenheiten anknüpfen, wenn er sie anerkennen will und nicht zu ändern wünscht. Für die Zielvorstellung des Gesetzgebers gilt meist, was König für den soziologischen Philosophen ausführt: Dieser greift aus der Fülle der empirischen Befunde heraus, was in das System seiner philosophischen Reflexion paßt. Auch der Gesetzgeber nimmt Daten meist nur zur Kenntnis, soweit sie mit seinen Zielen (Wertungen) übereinstimmen. Gesetzesänderungen resultieren oft daraus, daß sich Ziele und Wertungen verschieben und damit Tatbestände zur Kenntnis gelangen, die zwar auch vorher schon vorhanden waren, jetzt aber erst richtig ins Blickfeld geraten.

Allerdings können sich auch Lebenstatbestände ändern und damit neue Wertungen und Ziele nahelegen.

Nun soll das Gesagte konkret auf das Umgangsrecht bezogen werden. Die Grundlage des Umgangsrechts ist die maßgebliche rechtliche Wertung des Gesetzgebers. Um diese Bewertung zutreffend nachvollziehen zu können, ist es unerlässlich, sich den Lebenssachverhalt, der zur Regelung angestanden hat, genau vor Augen zu führen. Denn daß überhaupt eine Norm vorhanden ist, beruht darauf, daß der Gesetzgeber einen bestimmten Sachverhalt für regelungsbedürftig gehalten hat. Das Gesetz bildet immer die Antwort auf ein soziales Problem²¹²⁾. Dieses besteht beim Umgangsrecht ersichtlich in folgendem: Durch die Scheidung einer Ehe wird nicht nur das Band zwischen den Ehegatten gelöst, vielmehr fällt die Familie auseinander, da wegen der notwendigen Einheitlichkeit der Erziehung des Kindes nur noch ein Elternteil die Erziehungsfunktionen behalten kann. Es stellt sich die Aufgabe, auch die Beziehungen des anderen Elternteils zum Kind zu regeln.

§ 1634 löst dieses Problem. Nach Ansicht der h.M. liegt dem Gesetz bei dieser Lösung folgende Wertung zugrunde: Weil auch der nichtsorgeberechtigte Elternteil mit dem Kinde blutsverwandt ist, muß ihm ein Umgangsrecht bleiben. Das Umgangsrecht ist also ein Ausfluß der Blutsverbundenheit.

Wir sehen hier, wie rechtliche Beurteilung und Lebenstatbestand zusammenhängen. Rechtsgrundlage ist konkret der Lebenssachverhalt der Zeugung und Geburt des Kindes. Er ist es aber nur durch die Wertung des Gesetzgebers, der nach der h.M. diesen Tatbestand zum gedanklichen Ausgangspunkt der Norm nahm. Die h.M. hält diese Wertung für "vorgegeben". Nach dieser Auffassung hätte der Gesetzgeber nicht anders werten können oder dürfen. Ob dem gefolgt werden kann, sei hier dahingestellt. In einem jedenfalls hat die herrschende Ansicht recht. Es ist anzunehmen, daß ein Lebenstatbestand zur Basis des Gesetzes geworden ist. Das hat nichts mit "Naturrecht" zu tun, sondern hängt damit zusammen, daß die seinsmäßigen Gegebenheiten dem Gesetzgeber im Recht der "Ursprungs-

212) Esser, Einführung in die Grundbegriffe, S. 183.

gemeinschaften" wenig Spielraum lassen²¹³⁾. Damit wird der Grundsatz nicht in Frage gestellt, daß dem Gesetzgeber weder die Gründe zur Gewährung noch diejenigen zur Versagung des Umgangsrechts vorgeschrieben sind. Das werden wir später noch zu zeigen versuchen. Einstweilen soll die Frage nicht weiter vertieft werden, da es an dieser Stelle nur darauf ankommt, wie der Gesetzgeber nach herrschender Ansicht gewertet hat.

2. Ist die gesetzliche Wertung richtig erkannt?

Das Problem, mit dem wir uns nun beschäftigen müssen, ist, ob mit dem von der herrschenden Meinung angenommenen Grund des Umgangsrechts die gesetzgeberische Wertung zutreffend erkannt wurde. Diese Frage soll in erster Linie aus dem Gesetz selbst beantwortet werden, denn wenn überhaupt irgendwo, so ist vornehmlich hier ein Anhalt für die Wertung des Gesetzgebers zu finden.

Zur gesetzlichen Lage ist manches schon im bisherigen Verlauf der Untersuchung gesagt worden. Wir haben den Rückzug verfolgt, den das natürliche Elternrecht als Sinnbild der Untrennbarkeit von Elternteil und Kind im Umgangsrecht antreten mußte. Da die Untrennbarkeit, d.h. die Unverfügbarkeit für den Staat (für die Rechtsordnung, für die Gesellschaft) herkömmlicherweise an die Blutsbindung gekoppelt ist, spricht es gegen die angegebene Grundlage, daß nunmehr das Umgangsrecht ausgeschlossen werden kann (§ 1634 Abs. 2 S. 2), daß der Kindeswille beim Umgangsrecht künftig kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung beachtlich sein wird (§ 1634 Abs. 1 S. 2 Entw.) und daß schließlich das Umgangsrecht der leiblichen Eltern im Falle der Adoption des Kindes erlischt (§ 1765 Abs. 1 i.d.F. des Nichtehechengesetzes, § 1755 Abs. 1 i.d.F. des Adoptionsgesetzes). Überall wird heute über das Umgangsrecht verfügt, obgleich die Blutsbeziehung eine Verfügung an sich nicht zuläßt.

Jetzt wollen wir uns dem Problem noch von einer anderen Seite nähern und dabei die Idee der Untrennbarkeit im wesentlichen

213) Siehe Müller-Freienfels, Ehe und Recht, S. 65.

beiseite lassen, wenngleich sie nicht völlig von dem darzustellenden Stoff zu isolieren ist. Wir werden den Personenkreis betrachten, dem das Gesetz ein Umgangsrecht gewährt hat, und wollen versuchen, daraus Rückschlüsse auf die Vorstellung des Gesetzes zu ziehen.

Wem also steht nach dem Gesetz ein Umgangsrecht zu? Auf der Basis der herrschenden Meinung müßten das die Personen sein, mit denen das Kind am engsten blutmäßig verbunden ist: die leiblichen Eltern also, die das Kind gezeugt und geboren haben. In der Regel besitzen diese in der Tat ein Umgangsrecht. Aber: es sind keineswegs nur die natürlichen Eltern, denen ein Umgangsrecht zukommt und es sind keineswegs alle natürlichen Eltern, die ein Umgangsrecht besitzen. So ist allseits anerkannt, daß der sog. Scheinvater dann, wenn er die Ehelichkeit des Kindes nicht angefochten hat (§§ 1591, 1593), auch nach Scheidung der Ehe mit der Mutter ein Umgangsrecht behält²¹⁴⁾. Auch der im allgemeinen nicht blutsverwandte Adoptivelternteil, dem nach der Ehescheidung die elterliche Sorge nicht zugewiesen wird, besitzt das Recht zum Umgang²¹⁵⁾. Ist somit der berechnigte Elternkreis einerseits über die natürlichen Eltern hinaus erweitert, so ist er andererseits aber auch beschränkt und umfaßt nicht alle leiblichen Eltern. So haben die natürlichen Eltern - wie erwähnt - ein Umgangsrecht dann nicht mehr, wenn das Kind adoptiert worden ist (§ 1765 Abs. 1 i.d.F. des Nichtehechengesetzes, § 1755 Abs. 1 i.d.F. des Adoptionsgesetzes). Auch der nichteheliche Vater besitzt kein Umgangsrecht nach § 1634. Vielmehr bestimmt derjenige, dem die Personensorge obliegt, ob und inwieweit der Vater mit dem Kind persönlich verkehren kann (§ 1711). Vor 1970 war dem nichtehelichen Vater noch nicht einmal diese Chance zum Umgang eröffnet, obwohl er zweifellos auch unter der Geltung von § 1589 Abs. 2 a.F. mit dem Kinde verwandt war. Der nichteheliche Vater wird damit vom Gesetz anders behandelt als die nichteheliche Mutter, die unbestritten ein Umgangsrecht besitzt, selbst wenn

214) Staudinger-Schwoerer, § 1634 Rz. 24.

215) Vgl. Staudinger-Schwoerer, § 1634 Rz. 27 mit der richtigen Begründung, dies entspreche "dem durch die Annahme an Kindes Statt hergestellten menschlich-natürlichen Band". Daß dies aber der von ihm vertretenen These, daß das Umgangsrecht aus der Blutsbeziehung folge, widerspricht, scheint Schworer nicht gesehen zu haben.

sie die Personensorge verliert (§ 1738 BGB)²¹⁶⁾. Von der Blutsbasis aus betrachtet, die bei beiden nichtehelichen Eltern besteht, erscheint diese Regelung willkürlich. Und warum wird dem nichtehelichen Vater dann, wenn er die Mutter des Kindes heiratet (§ 1719 BGB), ein Umgangsrecht nach § 1634 gewährt, selbst wenn nach der Scheidung dieser Ehe der Mutter das Sorgerecht zugewiesen wird? Warum wird der nichteheliche Vater erst dann wie die anderen (leiblichen oder nicht leiblichen) Eltern behandelt und nicht schon früher?

Die Vorstellungen, die nach der herrschenden Ansicht dem Gesetz zugrunde liegen, sind hiernach in diesem jedenfalls nicht konsequent verwirklicht. Gewiß könnte man die angeführten Erscheinungen als Ausnahmen betrachten, als gesetzliche Durchbrechungen, die die grundsätzliche Richtigkeit des angenommenen Ansatzes unberührt lassen. Die Frage ist allerdings, ob es sich hier wirklich nur um Durchbrechungen einer vorhandenen Wertung handelt oder nicht vielmehr um Anzeichen, die auf eine andere Wertung des Gesetzes hinweisen.

3. Sozialer Ansatz als Arbeitshypothese

Nach unserer Ansicht trifft das letztere zu. § 1634 BGB versucht, eine menschliche Beziehung zu regeln, die - wie aus den unzähligen Schwierigkeiten hervorgeht - die beteiligten Personen in ihrem Innersten erfaßt. Dieser intensiven sozialen Beziehung wird aus Gründen, die später noch im einzelnen genannt werden, eine rein biologische Anknüpfung (Blutsverwandtschaft) nicht gerecht.

216) Vgl. Gernhuber, Lehrbuch, § 61 II 15 m.w.N. Anderer Ansicht Dölle, Familienrecht, § 111 V 5a. Dies ist aber lediglich darauf zurückzuführen, daß die verschiedenen Bearbeiter des Buches ihre Auffassungen in dieser Frage nicht aufeinander abgestimmt haben. So folgt Dölle generell in bezug auf das Umgangsrecht der Lehre vom natürlichen Elternrecht (§ 98 I 1). Der Bearbeiter des Abschnitts über die Ehelicherklärung hingegen folgt der Lehre vom Restbestandteil und meint aus diesem Grunde, ein Umgangsrecht der leiblichen Mutter nach der Ehelicherklärung versagen zu müssen. Siehe Dölle, Familienrecht, § 111 V 5a: "Die Mutter verliert das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen. Sie hat keine rechtliche Befugnis mehr zum persönlichen Verkehr mit dem Kind, da diese aus dem Personensorgerecht fließt".

Soziale Vorgänge mit tiefen menschlichen Verwicklungen erfordern eher einen psychologischen oder sozialen als einen nur biologischen Ansatz. Dieser wird - für sich allein genommen - in der Regel ohne ausreichenden Bezug zu einem solchen sozialen Anliegen sein. Wir gehen daher von der Arbeitshypothese aus, daß dem Gesetz kein bloß biologischer, sondern auch ein sozialer Ansatz zugrunde liegt.

Der Beweis für die Richtigkeit dieser Hypothese ist allerdings erst zu erbringen. Hierzu knüpfen wir zunächst an die geschilderten Durchbrechungen des "Blutsgrundsatzes" an, genauer gesagt: an das, was die h.M. für die Durchbrechungen der gesetzlichen Wertung hält.

4. Der umgangsberechtigte Personenkreis aus der Sicht der Arbeitshypothese

Wir fragen zunächst, warum die herrschende Ansicht die drei Fallgruppen "nichtehelicher Vater, Scheinvater, Adoptiveltern" als Ausnahmen einer vorhandenen gesetzlichen Wertung ansehen muß. Dies ist darauf zurückzuführen, daß sie den gesetzlichen Ansatz in einem nur biologischen Elternbegriff sucht und nicht, wie es eher gerechtfertigt ist, in einem sozialen. Sozial betrachtet sind "Eltern" nur diejenigen Personen, die sich der Mühe unterwerfen, das Kind zu einem voll entwickelten gemeinschaftstauglichen Menschen heranzubilden²¹⁷⁾. Die biologische Elternschaft ist dazu weder erforderlich noch genügend, mag sie auch in der Regel vorhanden sein. Sie ist nicht das primäre, sondern nur ein nachrangiges Merkmal der Elternschaft. Der Vater eines nichtehelichen Kindes besaß früher kein Umgangsrecht - und es wird ihm heute nur sehr einschränkend gewährt (§ 1711) -, weil er fast niemals Elternfunktionen erfüllt hat. Im Gegensatz dazu billigte das Gesetz der nichtehelichen Mutter, die nicht nur biologisch, sondern in der Regel auch sozial als Elternteil anzusehen ist,

217) So auch Bosch, FamRZ 1963, 402; BVerfGE 24, 119 (143); Metzger, ZBLJugR 1972, 42; Lempp, NJW 1972, 315; Hassenstein, Verhaltensbiologie des Kindes, S. 375 u. öfter; Arndt-Schweitzer, ZBLJugR 1974, 210; Dellian, RuG 1974, 76; Thieme, FamRZ 1974, 112. Siehe auch bereits meine Beiträge FamRZ 1972, 485; StAZ 1974, 201; ZBLJugR 1974, 424.

bereits von Anfang an ein Umgangsrecht zu. Und hat der nicht-eheliche Vater wie die Mutter typischerweise Elternfunktionen ausgeübt, indem er sich mit der Mutter verheiratet oder das Kind für ehelich erklärt, so hat auch er beim Verlust der elterlichen Sorge ein Umgangsrecht.

Ebenfalls nur aus dem sozialen Elternbegriff sind das Umgangsrecht der Adoptiveltern und das des Scheinvaters zu erklären. Bei fehlender natürlicher Verwandtschaft haben diese Personen in der Vergangenheit in der Regel Elternaufgaben wahrgenommen. Es handelt sich also hier keineswegs - wie viele glauben - um Durchbrechungen einer gesetzlichen Wertung, sondern um die gesetzliche Realisierung des sozialen Ansatzes.

5. Zur Kritik an der geschilderten Auffassung

Allerdings ist diese Auffassung nicht ohne Kritik geblieben. Gernhuber bemerkt zur vorgetragenen Ansicht, es werde sich schwerlich verhehlen lassen, daß der Gedanke einer "sozialen Elternschaft" keiner Norm des geltenden Rechts zugrunde liege, "auch nicht § 1634, der nur leiblichen Eltern ein Recht zum persönlichen Umgang mit dem Kind gewähr(e) und nicht anderen Personen, die dem Begriff der "sozialen Elternschaft" entsprechen"²¹⁸⁾. Hieran schließt sich der Hinweis, dies berücksichtige die hier vertretene Auffassung nicht, "obwohl umgekehrt alle Fälle leiblicher Elternschaft ohne Recht zum persönlichen Umgang mit dem Kind gegen die h.L. verwertet (würden)"²¹⁹⁾.

Gegen diese Darlegungen ist folgendes einzuwenden: Entgegen Gernhubers Feststellung wurden nicht nur die Fälle leiblicher Elternschaft ohne ein Recht zum persönlichen Umgang gegen die h.L. angeführt, vielmehr wurde gezeigt, daß keineswegs nur leibliche Eltern ein Umgangsrecht haben: Adoptiveltern und Scheinvater wurden (schon damals) erwähnt. Doch selbst wenn Gernhubers Aussage richtig wäre und nur leibliche Eltern ein Umgangsrecht besäßen, würde daraus nichts Entscheidendes gegen die hier ver-

218) Gernhuber, FamRZ 1973, 236.

219) Gernhuber, a.a.O. Gernhuber bezieht sich auf die Darlegungen des Verfassers in der FamRZ 1972, 485 f.

tretenen Auffassung folgen. Dann würde allerdings das Umgangsrecht an die enge Blutsverwandtschaft (äußerlich) anknüpfen. Wir sprechen hier jedoch nicht von der äußeren Bedingung des Umgangsrechts, nicht davon, an welche Personen das Umgangsrecht äußerlich anknüpft, sondern allein von dem inneren Grund des Umgangsrechts, also von seinem "normkonzipierenden, normdirigierenden, norminspirierenden Prinzip"²²⁰⁾. Innerer Grund und äußere Bedingung des Umgangsrechts aber fallen nicht notwendigerweise zusammen. Und selbst wenn sie ursprünglich vielleicht zusammenfielen, können sie sich im Laufe der Zeit auseinanderentwickelt haben. Das wird später noch im einzelnen erläutert werden.

II. Grundsätzliche Erörterung des sozialen Ansatzes:

Die genetischen Eltern als umgangsberechtigte Personen

Vorerst freilich ist es notwendig, das bisher Gesagte zu vertiefen. Die genannten Ausnahmefälle (Adoptiveltern, Scheinvater, nichtehelicher Vater) können zwar wertvolle Hinweise geben: letzten Aufschluß liefern sie jedoch nicht. Aus wissenschaftstheoretischer Sicht bilden Ausnahmefälle, die eine alte Theorie nicht erklären kann, im Regelfalle den Anstoß zum Versuch, eine neue Theorie zu finden, die auch diese Fälle mitumfassen kann. Eine eingehendere Erörterung verlangt jedoch, die Grundlagen der Überlegungen, die zu der alten Theorie geführt haben, zu diskutieren. Konkret gesprochen ist zum vorliegenden Problem nicht zu bestreiten, daß die meisten Fälle des Umgangsrechts leibliche Eltern betreffen. Sollen die Ausführungen überzeugen, ist demnach nachzuweisen, daß für blutmäßige Eltern die angeführten Erwägungen in der gleichen Weise gelten, daß also das Gesetz auch bei ihnen vornehmlich auf die soziale, jedenfalls nicht allein auf die biologische Elternschaft abstellt.

Hierzu sind einige Vorüberlegungen erforderlich. Vor allem ist es notwendig, sich zunächst Gedanken über die zeitliche Situation des Umgangsrechts zu machen. Dabei heißt "zeitliche Situation" nicht, daß ermittelt werden soll, wann das Umgangsrecht nach Monat, Wochentag und Stunde in aller Regel stattfindet. Wir unter-

220) Tipke, Steuerrecht, S. 14.

suchen vielmehr, wie alt das Kind ist, wenn typischerweise (erstmal) das Umgangsrecht des Elternteils entsteht.

1. Der Einfluß des zeitlichen Ablaufs des Eltern-Kind-Verhältnisses auf das Elternrecht generell

Zunächst ist allerdings nicht ohne weiteres ersichtlich, welchen Einfluß das Alter des Kindes und der Zeitpunkt der Entstehung eines Rechts auf die Grundlage des Rechts haben kann. Doch läßt sich leicht zeigen, daß die Zeitverhältnisse und das Alter des Kindes - ganz allgemein gesprochen - von großer Wichtigkeit für die rechtlichen Beziehungen zwischen Eltern und Kindern sind. So endet die elterliche Sorge, wenn das Kind achtzehn Jahre²²¹⁾ alt ist. Damit erlöschen die wesentlichen Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern. Aber auch innerhalb der Zeitspanne, die die Minderjährigkeit des Kindes umfaßt, gibt es Wandlungen des Eltern-Kind-Verhältnisses durch Teilmündigkeiten des Kindes. Nach dem Gesetz über die religiöse Kindeserziehung z.B. wird der Jugendliche mit zwölf Jahren teilweise und mit vierzehn Jahren voll religionsmündig. Ebenfalls ab dem vierzehnten Lebensjahr besitzt das Kind, wie wir wissen, nach dem Sorgerechtsentwurf ein unbedingtes Vetorecht gegen das Umgangsrecht des abwesenden Elternteils (§ 1634 Abs. 1 S. 2 Entw.). Hinter diesen zeitlichen Fristen steht eine bestimmte Anschauung des Gesetzgebers von der Lebenswirklichkeit. Der Gesetzgeber ist der Auffassung, daß der Jugendliche mit achtzehn Jahren in der Typik reif genug ist, über sich selbst allein zu bestimmen, daß er mit vierzehn Jahren verständig genug ist, sich über die Religion bzw. über die Bedeutung des Umgangsrechts ein eigenes Urteil zu bilden.

In allen bisher genannten Fällen bestehen klare Zeitverhältnisse: Der jeweilige Zeitpunkt gilt unabhängig davon, ob der gesetzliche Sinn auch den Einzelfall trifft, mit anderen Worten, ob also der Jugendliche konkret tatsächlich die Fähigkeit besitzt, seine Rechte verständig wahrzunehmen. Das Gesetz hätte auch auf den Einzelfall abstellen können. Gründe der Rechtssicherheit hingegen schienen dem Gesetzgeber für eine generelle Festlegung,

221) Seit 1.1.1975.

für eine standardisierende-typisierende Regelung zu sprechen.

Bei anderen Problemen hingegen stellt man bisher je nach der Reife des Kindes auf den Einzelfall ab: so die Rechtsprechung bei der Frage, wann der Minderjährige die notwendige Reife zur Zeugnisverweigerung oder Einwilligung in eine Operation besitzt, oder etwa im Gesetzentwurf bei dem Problem, wann der Wille eines Kindes, das noch nicht vierzehn Jahre alt ist, beim Umgangsrecht gelten soll. Der Kindeswille soll im letztgenannten Falle dann beachtlich sein, wenn es nach seinem Entwicklungsstand zu einer selbständigen Beurteilung fähig ist. Auch am "Strukturwandel" der elterlichen Sorge ist zu verfolgen, daß sich das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern in und mit der Zeit ändert. Der Wandel zeigt sich in einem ständigen Zurücktreten des elterlichen Einflusses während der Reifungsperiode des Kindes. Aus dem Direktionsrecht der Eltern in der Kindheit wird ein Anregungs- und Kontrollrecht im Jugendalter²²²⁾. Mit fortschreitender Zeit und mit zunehmendem Alter des Kindes ist "die elterliche Gewalt zur Bewährung in der eigenen Verflüchtigung und schließlich Auflösung berufen..."²²³⁾.

Es ist allgemein bekannt, daß das Elternrecht sich in der Zeit wandelt und mit fortschreitender Entwicklung des Kindes schließlich erlischt. Noch nicht voll gesehen wird allerdings, daß es auch Elternrechte gibt, die nicht bereits bei der Geburt des Kindes, sondern erst "in der Zeit" entstehen und daß die Tatsache, daß das Elternrecht "in der Zeit" entsteht, von wesentlichem Einfluß auf das Verständnis des betreffenden Rechts ist. Freilich ist es nicht der Regelfall, daß ein Elternrecht erst nach der Geburt des Kindes entsteht und nicht schon zum Zeitpunkt der Geburt. Deshalb ist diese Tatsache auch weithin verborgen geblieben. Vor allem aber sind nicht die richtigen Schlußfolgerungen daraus hergeleitet worden. Man glaubt, die (nach unserer Auffassung übrigens nicht voll erkannten) Grundsätze, die für das Elternrecht gelten, das den Eltern schon bei der Geburt des Kindes zukommt, überall im Eltern-Kind-Verhältnis anwenden zu können.

222) Siehe Gernhuber, FamRZ 1962, 95; Engler, FamRZ 1969, 65; Larenz, Allgemeiner Teil, S. 115.

223) Gernhuber, FamRZ 1962, 93.

Dahinter steht die Vorstellung, daß Elternrechte nur im Zeitpunkt der Geburt des Kindes entstehen und alles spätere nur Fortsetzung oder Änderung sei. Die maßgebende Bedeutung, die den Blutsbanden - also der durch Zeugung und Geburt vermittelten Beziehung - bisher eingeräumt wird, erklärt sich auch daraus, daß das Auge nur auf dem Zeitpunkt der Geburt des Kindes ruht. Aus dem Blick auf die Geburt des Kindes erklären sich auch die vielfältigen Mißverständnisse, die um den Rechtsgrund des Elternrechts bestehen. Weil im Zeitpunkt der Geburt des Kindes keine andere Gegebenheit ersichtlich ist, um Elternrechte daran anzuknüpfen, scheint die Zeugung und Geburt der Rechtsgrund des Elternrechts zu sein. Wir werden darauf noch an späterer Stelle in einer grundsätzlichen Erörterung zu sprechen kommen. Jetzt wollen wir uns nur mit dem Einfluß der Zeit auf die Entstehung des Eltern-Kind-Verhältnisses befassen. Dieser Einfluß wird deshalb so oft nicht bemerkt, weil die Zeitverhältnisse nicht so klar und eindeutig sind, wie diejenigen, die bei der Geburt des Kindes anzutreffen sind.

2. Der Einfluß des zeitlichen Ablaufs des Eltern-Kind-Verhältnisses auf das Umgangsrecht

Doch wenden wir uns nun nach den allgemeinen Bemerkungen über den Einfluß des zeitlichen Ablaufs auf das Eltern-Kind-Verhältnis konkret dem Umgangsrecht zu. Genauso wie etwa der Gesetzgeber fragt, wann ein Jugendlicher in der Regel reif genug ist, Verantwortung für das eigene Leben zu übernehmen - standardisierende-typisierende Sicht - soll hier gefragt werden, wann typischerweise im zeitlichen Verlauf des Eltern-Kind-Verhältnisses ein Umgangsrecht entsteht.

Wenn auch diese Frage nicht so einfach zu beantworten ist, wie etwa die nach dem typischen Zeitpunkt der Entstehung des elterlichen Sorgerechts, ist immerhin eine Antwort möglich. Es ist hierzu zu prüfen, wann normalerweise im Leben des Kindes der Anlaß eintritt, der das Umgangsrecht in der Hauptsache hervorbringt: die Scheidung der elterlichen Ehe bzw. die damit im Zusammenhang stehende Verteilung des Sorgerechts (§ 1671). Zum Alter des Kindes stehen allerdings keine direkt einschlägigen

Fakten zur Verfügung, doch sind Tatsachen bekannt, die mittelbare Schlüsse zulassen. Betrachten wir hierzu eine jüngere Scheidungsstatistik. Im Jahre 1968 wurden in der Bundesrepublik 65.264 Ehen geschieden. Davon waren 24.091 (36,9 %) ohne minderjährige Kinder. In 22.346 (34,2 %) der geschiedenen Ehen war ein minderjähriges Kind, in 11.828 (18,1 %) waren 2 minderjährige Kinder, in 4.285 (6,5 %) waren 3 minderjährige Kinder, in 1.558 (2,3 %) waren 4 und in 1.126 (1,7 %) waren 5 oder mehr minderjährige Kinder vorhanden. Insgesamt wurden damit 1968 etwa 71.600 minderjährige Kinder von der Scheidung der Ehe ihrer Eltern betroffen²²⁴⁾.

Die Ehescheidungen, an denen Kinder nicht beteiligt waren, betreffen das zu erörternde Problem nicht. Die anderen Fälle sind zwar bedeutsam, doch ist das Alter der Kinder aus der Statistik nicht zu entnehmen. Wir wissen nur, daß es sich überall um minderjährige Kinder handelt. Allerdings ist für unsere Zwecke auch keine genaue Altersangabe erforderlich. Es genügt eine ungefähre Information über das Alter des Scheidungskindes; eigentlich sogar nur eine Angabe darüber, ob das Kind normalerweise bei der Scheidung bereits so alt ist, daß es vorher noch mit Vater und Mutter in der Familiengemeinschaft zusammengelebt hat, oder ob das Kind im Regelfall bereits in eine unvollständige nur aus dem einen Elternteil und dem Kind bestehende Familie hineingeboren wird und damit allein einen Elternteil real "als solchen" in der Familiengemeinschaft erlebt hat.

Diese insoweit vereinfachte Frage aber ist deutlich im Sinne der ersten Alternative zu beantworten. Mindestens 35.000 Kinder - nämlich sämtliche älteren Geschwister in Mehrkinderfamilien - haben im Zeitpunkt der Ehescheidung noch jüngere Geschwister. Die älteren Kinder sind daher nach den Zeitverhältnissen typischerweise noch mit Vater und Mutter zusammen aufgewachsen. Aber auch bei den übrigen Kindern - den Einzelkindern und den jüngsten Kindern in Mehrkinderfamilien - ist dies der Erfahrung nach anzunehmen. Auch die Eltern dieser Kinder trennen sich meist nicht

224) Ehrechtskommission beim Bundesministerium der Justiz, Vorschläge zur Reform, S. 55.

in zeitlichem Zusammenhang mit der Geburt des Kindes, sondern erst später. Auch hier ist daher davon auszugehen, daß das Kind in den meisten Fällen mit beiden Eltern noch eine gewisse Zeit zusammengelebt hat. Für die jüngeren oder einzigen Kinder gehen wir von einer durchschnittlichen Mindestzeit von zwei Jahren aus. Eindeutige Hinweise für diese Zeitangabe bietet die eben genannte Statistik allerdings nicht. Doch ist die (vorsichtige) Schätzung wahrscheinlich zu akzeptieren.

Unterstützend sei auf eine jüngere Untersuchung aus Österreich verwiesen, in welcher 50 geschiedene sog. Mußehen untersucht wurden²²⁵⁾. Von den 50 Ehepaaren hatten 39 Paare ein Kind, 9 Paare hatten 2 Kinder, 2 Paare hatten mehr als 2 Kinder. Im Vergleich zu anderen Ehen, in denen Kinder vorhanden sind, scheitern bekanntlich Mußehen besonders früh und besonders häufig. Immerhin beträgt aber in der Untersuchung die Zeitspanne zwischen Eheschließung und Ehescheidung nur bei 24 Ehen zwischen ein und fünf Jahren. Bei 22 Ehen hingegen beträgt sie zwischen fünf und zehn Jahren und bei 4 Ehen sogar über zehn Jahre²²⁶⁾. Sogar Mußehen mit nur einem Kind hielten also häufig länger als fünf Jahre (vgl. die Relation: 39 Paare hatten ein Kind, aber nur bei 24 Ehen betrug die Ehedauer weniger als fünf Jahre). Daraus ergibt sich aber, daß auch Einzelkinder im allgemeinen noch mehrere Jahre mit beiden Eltern verbringen. Wir gehen daher nicht fehl, wenn wir das Alter des "durchschnittlichen Kindes" - bezogen auf alle Fälle der Ehescheidung - mit drei bis sieben Jahren ansetzen. Dabei ist zu bemerken, daß es für unsere Zwecke, wenn auch nicht völlig, so doch relativ gleichgültig ist, ob der mittlere Fall beim drei- bis vierjährigen oder beim sechs- bis siebenjährigen Kind liegt. Wichtig ist allein, daß das Umgangsrecht typischerweise nicht in zeitlichem Zusammenhang mit der Geburt des Kindes entsteht - wie etwa das Sorgerecht der ehelichen Eltern oder der nichtehelichen Mutter - sondern später, nämlich im Vorschul-

225) Cermak, Praxis der Psychotherapie 1973, 104 f.

226) Die Zeitangaben sind in dem genannten Aufsatz nur in dieser Weise aufgeschlüsselt. Es wird also nicht die genaue zeitliche Dauer der einzelnen Ehen mitgeteilt. Siehe Cermak, Praxis der Psychotherapie 1973, 105.

oder - seltener - auch im Grundschulalter des Kindes²²⁷⁾.

Sind somit die zeitlichen Verhältnisse in bezug auf das Umgangsrecht dargestellt, stellt sich die Frage, was sie dartun sollen. Die zeitlichen Verhältnisse sollen zeigen, daß auch der später umgangsberechtigte Elternteil an der Betreuung des Kindes i.d.R. mindestens während dessen Kleinkindzeit teilgenommen hat. Darin liegt aber der Grund, daß die geschilderten Sonderfälle des Umgangsrechts und die allgemeinen Fälle aus einem einheitlichen Grund erwachsen. Die generellen Fälle des Umgangsrechts betreffen einen leiblichen ehelichen Elternteil. Für diesen gilt damit auch, daß er sich typischerweise in der Familiengemeinschaft zusammen mit dem später allein sorgeberechtigten Elternteil um das Kind gekümmert hat, bevor die Ehe geschieden wurde und das Umgangsrecht entstand. Die Darlegungen zu den zeitlichen Verhältnissen des Umgangsrechts sollten somit nichts anderes zeigen, als daß die Erwägungen, die für die geschilderten Ausnahmefälle des Umgangsrechts (Scheinvater, nichteheliche Mutter, Adoptivelternteil, nichtehelicher Vater, der das Kind für ehelich erklärt oder die Mutter geheiratet hat) galten, prinzipiell auf sämtliche Eltern, die in rechtlich anerkannter Weise sozial zu Eltern geworden sind, also auch für die leiblichen ehelichen Eltern, zutreffen. Auch die leiblichen ehelichen Eltern sind dadurch zu wirklichen Eltern für ihr Kind geworden, daß sie es angenommen und betreut haben.

Mit den Ausnahmefällen (Scheinvater u.a.) konnte anhand des Gesetzes die Richtigkeit der dargelegten Ansicht gezeigt werden. Die hier gegebene Begründung wurde damit aus dem subjektiven Meinen herausgenommen. Dies müssen wir nun auch für den Regelfall

227) Siehe hierzu auch Zahlen aus der DDR: Zwei Drittel aller Ehescheidungen betreffen Ehen mit minderjährigen Kindern, von denen über 85 % unter 12 Jahre alt sind. 42 % der Ehen wurden innerhalb der ersten 5 Jahre gelöst (vornehmlich wohl kinderlose Ehen), 28 % der Ehen bestanden bis zu 10 Jahren und 30 % hielten mehr als 10 Jahre. In den letztgenannten Fallgruppen dürfte es sich meist um Ehen mit Kindern handeln. Da insgesamt rund 60 % der Ehen länger als 5 Jahre hielten, ist auch von daher ein gewisses Alter der Kinder zum Zeitpunkt der Scheidung zu unterstellen (Ende des Kleinkind-, Anfang des Grundschulalters). Vgl. zu den Angaben Grandke u.a., Familienrecht, S. 389.

des Umgangsrechts versuchen. Die hierzu bisher dargelegten Gedanken sollen die Arbeitshypothese bilden. Es soll nunmehr gezeigt werden, daß diese Gedanken die Auffassung des Gesetzgebers zutreffend wiedergeben. Konkret heißt dies, daß nachgewiesen werden muß, daß die Zeit nach der Geburt des Kindes bzw. die faktischen Beziehungen zwischen Eltern und Kindern während dieser Zeit tatsächlich von wesentlichem Einfluß auf das rechtliche Eltern-Kind-Verhältnis und damit auch auf das Recht der Eltern sind. Generell werden hierzu die folgenden Thesen aufgestellt, die später noch im einzelnen zu verifizieren sind.

3. Thesen zur Entstehung des Elternrechts

- a. Beim Elternrecht, das bereits bei der Geburt des Kindes entsteht, also beim Sorgerecht der ehelichen Eltern und bei dem der nichtehelichen Mutter, entscheiden die Beziehungen zwischen Eltern und Kindern nach der Geburt des Kindes, ob das Recht diesen Eltern verbleiben kann.
- b. Bei Elternrechten, die normalerweise erst zu späterer Zeit entstehen, beim Umgangsrecht etwa - oder auch beim Sorgerecht der Adoptiveltern oder des nichtehelichen Vaters, der das Kind für ehelich erklärt hat - geben die Beziehungen zwischen Eltern und Kindern in der Zeit nach der Geburt des Kindes den Rechtsgrund dafür ab, daß das Elternrecht gegeben wird.

Im einzelnen:

a. Das bei der Geburt des Kindes entstehende Elternrecht

Ob die Eltern das Elternrecht behalten können, richtet sich bei den Elternrechten, die bereits bei der Geburt des Kindes entstehen, meist nach den Verhältnissen des Einzelfalls. Ein Richter entscheidet nach dem konkreten Sachverhalt, d.h. nach der konkreten Gefährdung des Kindes und nach konkretem Eltern(fehl)verhalten, ob das Elternrecht genommen werden muß (§§ 1666, 1748 n.F.).

Mitunter aber ergeht die Einzelfallentscheidung auch aufgrund

einer typischen Situation (§§ 1671, 1672): Ein Elternteil verliert zwar das Sorgerecht nach richterlichem Spruch im Einzelfall, dies aber nicht wegen festgestellter konkreter Gefährdungen oder wegen eines konkreten Fehlverhaltens, sondern wegen der ganz allgemeinen, in der Typik (vielleicht) vorliegenden Gefahr, daß die geschiedenen oder getrennt lebenden Eltern bei der Erziehung des Kindes gegeneinander wirken²²⁸⁾.

b. Das nach der Geburt des Kindes entstehende Elternrecht

Bei den nach der Geburt des Kindes entstehenden Elternrechten liegen die Verhältnisse ähnlich. Auch hier gibt es Elternrechte, die nach typischen Gesichtspunkten (ohne richterliche Fallentscheidung) und solche, die nach individuellen Merkmalen (nach richterlicher Prüfung im Einzelfall) gewährt werden. Auf typischen Gesichtspunkten beruht z.B. das Umgangsrecht - was gleich näher ausgeführt werden soll -, aber auch etwa das Elternrecht des nicht-ehelichen Vaters, der die Mutter geheiratet hat, nach individuellen

228) Hier sind allerdings Zweifel angebracht, ob tatsächlich die vorausgesetzte Gefahr vorliegt oder ob nicht vielleicht Gesichtspunkte der Rechtssicherheit zu stark betont werden. Ein Symptom hierfür mag sein, daß es Rechtsordnungen gibt, die anders entscheiden. In der UdSSR beispielsweise behalten nach der Ehescheidung i.d.R. beide Eltern die gleichen Rechte und Pflichten dem Kind gegenüber (Art. 18 Abs. 7 der Grundlagen, Art. 57 Abs. 2 des Familiengesetzbuchs der RSFSR). Nur wenn die Eltern sich nicht darüber einigen können, bei wem das Kind künftig aufwachsen soll, entscheidet das Gericht (Art. 55 Abs. 2 des Familiengesetzbuchs der RSFSR). Siehe hierzu die Nachweise bei Grandke u.a., Familienrecht, S. 418.-Eine ähnliche Regelung wird - mit gewichtigen Gründen - von Briegleb für die Bundesrepublik vorgeschlagen: Das Vormundschaftsgericht (Familiengericht) soll erst dann über eine Sorgerechtsverteilung entscheiden, wenn ein Elternteil oder beide Eltern einen entsprechenden Antrag stellen (Briegleb, ZBLJugR 1971, 49). Lempp, ZBLJugR 1974, 132 stimmt diesen Ausführungen aus kinderpsychiatrischer Sicht zu: Ohne den Zwang zur definitiven Entscheidung würde die Sorge um das Kind schlecht und recht so weitergehen wie vor der Ehescheidung. Außerdem gelinge eine Einigung sich streitender Eltern über das Kind i.d.R. leichter, wenn die Einigung nicht ausdrücklich formuliert werden müsse. Eine ähnliche Auffassung hat Schwoerer schon früher vertreten (FamRZ 1958, 435). Ebenso Lüderitz-Lenzen, FamRZ 1971, 628 mit Hinweisen auf den anglo-amerikanischen Rechtskreis, in dem die den Eltern nicht ipso jure obliegende Vermögensverwaltung erst dann geregelt wird, wenn hierzu ein Bedürfnis besteht, etwa Verwaltungs- und Verfügungshandlungen erforderlich werden.

Gesichtspunkten (und individueller Prüfung) hingegen entsteht das Elternrecht der Adoptiveltern und das des nichtehelichen Vaters, der das Kind für ehelich erklärt: In den letztgenannten Fällen untersucht ein staatlicher Amtswalter im Einzelfall, ob diesen Eltern das Elternrecht gegeben werden kann (vgl. § 1723, §§ 1741, 1752 BGB n.F.).

In der folgenden Untersuchung sollen die Elternrechte, die nach Gesichtspunkten des Einzelfalles entstehen, zunächst beiseite gelassen und wegen des unmittelbaren Zusammenhangs mit dem Umgangsrecht nur die Elternrechte behandelt werden, die auf typischer Sicht beruhen. Die typische Sicht des Gesetzgebers ist in einem freiheitlichen Staat nicht die Ausnahme, sondern der Normalfall. Die Prüfung und Gewährung im Einzelfall würde den Bürger zu sehr beschränken und auch den Verwaltungsaufwand anschwellen lassen. So ist denn auch allgemein anerkannt, daß das Gesetz weitgehend auf der typischen Betrachtung der Lebenssituationen fußt, die geregelt werden sollen²²⁹⁾. Wir wenden uns im folgenden zu:

unter 4. dem bei der Geburt des Kindes entstehenden Sorgerecht,
unter 5. dem normalerweise erst geraume Zeit nach der Geburt entstehenden Umgangsrecht.

4. Das Sorgerecht der ehelichen Eltern und der nichtehelichen Mutter

Das Sorgerecht der ehelichen Eltern und das Sorgerecht der nichtehelichen Mutter treten in Erscheinung, wenn das Kind geboren wird. Die Tatsache der Zeugung und Geburt ist damit zweifellos der äußere Anhaltspunkt für die Zubilligung des Elternrechts. Ebenso wie in bezug auf das Umgangsrecht wird daher auch bezüglich des Sorgerechts von der h.M. die Ansicht vertreten, dieses beruhe auf der Blutsverwandtschaft²³⁰⁾. Damit soll ausgesagt werden, daß die Tatsache der Zeugung und Geburt nicht nur der äußere Anlaß, sondern auch der innere Grund des Elternrechts ist.

229) Siehe etwa H.-P. Westermann, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit, S. 60.

230) So auch noch meine Ansicht, FamRZ 1972, 486.

Das gegenwärtige Recht wird von dieser Auffassung jedoch nicht richtig interpretiert. Lediglich in historischer Sicht ist diese Auffassung berechtigt. Jahrtausendlang wurden die Kinder tatsächlich den Eltern zugeordnet, weil diese sie gezeugt und geboren haben. Dies war vor allem in Zeiten die Regel, in denen die Abstammungsverhältnisse über die ganze Rechtsstellung eines Menschen innerhalb einer Gesellschaft entschieden. So galt in der germanischen Zeit wie im christlichen Mittelalter, daß Kinder von Freien frei waren, Kinder von Knechten hingegen unfrei. Damit beeinflusste aber die Abstammung die rechtliche Stellung des Individuums in der Gesellschaft. Der Abkömmling wuchs in die Rechtsstellung seiner Eltern hinein²³¹⁾. Dies galt (eingeschränkt) auch noch in der beginnenden Neuzeit. Noch im preußischen ALR richtete sich die bürgerlich-rechtliche Stellung der Kinder völlig nach der der Eltern: Kinder gutsuntertäniger Bauern wurden wegen ihrer Abstammung ebenfalls gutsuntertänig. Sie durften wegen ihrer bäuerlichen Geburt kein Gewerbe betreiben und es war ihnen auch verwehrt - ebenso wie denjenigen, die dem "Bürgerstand" entstammten - Güter zu erwerben, die Adligen gehört hatten²³²⁾. Wo - wie in der Vergangenheit - für die Rechtsstellung eines Menschen in der Gesellschaft zuerst und vor allem die blutmäßigen Verhältnisse entscheidend sind, kann man auch das Kind nur deshalb den Eltern zuordnen, weil diese es gezeugt und geboren haben.

Diese Basis des Abstammungsdenkens wurde teilweise bereits durch

231) Siehe hierzu allgemein Mitteis-Lieberich, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 21: "Die Stände waren Geburtsstände; kraft seiner Herkunft war einer des anderen Über- oder Ungenöß. Diese "Ebenburt" hat mannigfache Bedeutung, z.B. für die Ehe und das Schicksal der Kinder." Als Streiflicht vgl. die Ausführungen von Fehr, Der Geist der alemannischen Volksrechte, S. 51 zur Rechtslage nach der lex alamanorum, wenn eine Frau einen Knecht heiratete: "Der zweite Grund für die harte Behandlung der Frau war das Blut. Freies und unfreies Blut sollten sich nicht mischen. Im Blute lag die Kraft der Familie, im Blute lag ihr Heil und ihr Unheil. Daher war es nicht nur biologisch falsch, einen Knecht zu heiraten. Es bedeutete zugleich eine Schmach für die ganze Sippe. Wer diese Schmach auf sich nahm, durfte zu knechtischen Diensten gezwungen werden. In diesem Zwang sah man nichts Widerrechtliches, die Sippe nahm die daraus entstehende Lage in Größe auf sich."

232) Siehe Dernburg, Familienrecht, S. 90.

die Stein'schen Reformen (Bauernbefreiung) beseitigt, letztendlich aber erst durch den Sieg des Liberalismus zerstört. Die innere Anknüpfung an Zeugung und Geburt ist jedoch nach dem herrschenden Bewußtsein geblieben, weil noch eine zweite Wurzel besteht, die zwar ebenso weit in die Vergangenheit reicht wie die gerade genannte, sich jedoch noch bis in die jüngste Zeit halten konnte. Hiermit ist die Auffassung angesprochen, die Kinder vornehmlich als "Besitz und Habe" ihrer Eltern betrachtet und nicht als eigenständige Wesen. Im BGB dokumentieren das dem Eigentumsherausgabeanspruch (§ 985) nachgebildete Recht der Eltern auf Herausgabe des Kindes (§ 1632) und das vom RG anerkannte Recht auf den "Besitz" des Kindes²³³⁾ diese Einstellung. Sie ist auch in der früheren Ansicht von der Nichtausschließbarkeit des Umgangsrechts und in der ehemals fehlenden Möglichkeit, die Einwilligung in die Adoption zu ersetzen, wahrnehmbar.

In den eben genannten Rechtserscheinungen begegnen wir gleichzeitig einem dritten Gedanken. Den früheren Normen lag nicht nur die Anschauung, daß das Kind eine Sache sei, sondern auch die Vorstellung einer "vorgegebenen Ordnung" zugrunde. Das Kind geht danach als Subjekt in der Gruppe auf und tritt nur als unselbständiges Mitglied des dem Recht vorausliegenden Blutsverbandes der engeren Familie in Erscheinung. In positiver Hinsicht bietet diese Betrachtungsweise die intellektuelle Rechtfertigung dafür, den Staat und die Gesellschaft von der Familie fernzuhalten.

Mit der Entdeckung der Persönlichkeit des Kindes in den letzten Jahrzehnten muß diese Ansicht als überholt angesehen werden. Jetzt kann die Rechtsordnung das Kind seinen Eltern nicht mehr vornehmlich deshalb zuordnen, weil diese es gezeugt und geboren haben. Jetzt erhalten die leiblichen Eltern die elterliche Sorge in erster Linie deshalb, weil für sie in der Typik die Vermutung spricht, daß sie sich des Kindes annehmen und es aufziehen werden. Die Zuteilung des Kindes ist also überwiegend auf Annahmen und Voraussagen über die als Eltern bestimmten Erwachsenen und deren

233) RGZ 122, 24 (26).

Verhalten dem Kinde gegenüber in Zukunft gegründet. Dies ist jedenfalls der tragende Gedanke der Zuweisung des Elternrechts, wenn auch, wie später herausgearbeitet werden soll, nicht der einzige.

Damit trennen sich heute aber - wie bereits im Vorgriff kurz erwähnt - die äußere Anknüpfung und der bestimmende innere Grund der Zuordnung. Während früher die äußere Zuordnung des Kindes zu den leiblichen Eltern mit dem inneren Grund der Zuordnung zusammenfiel, weil die Eltern das Kind und das Elternrecht deshalb erhielten, weil sie das Kind gezeugt und geboren haben, ist heute zwar die äußere Anknüpfung bestehen geblieben, während der innere Grund indessen ein anderer geworden ist. Freilich sind die inzwischen eingetretenen Unterschiede nicht ohne weiteres ersichtlich, weil über den inneren Grund der Zuordnung unmittelbare Aussagen nicht vorliegen und nur die Tatsache ersichtlich ist, daß die blutmäßigen Eltern und ihre Kinder äußerlich einander zugeordnet sind.

Die andersartige Ausgangsbasis wird klar, wenn man sich vorstellt, es seien in der Lebenswirklichkeit nicht die leiblichen Eltern, die sich typischerweise des Kindes annehmen, sondern andere - blutsfremde - Personen. Wäre der Sachverhalt dergestalt, müßte die Rechtsordnung schon beim Tatbestand der Zuordnung über den tragenden Grund ausdrücklich Farbe bekennen. Unter den heutigen Verhältnissen kann dabei nicht zweifelhaft sein, wie sich das Gesetz entscheiden würde. Es würde das Kind den blutsfremden betreuungsbereiten Personen zuordnen. Das ist indirekt aus einer Reihe von derzeit geltenden Vorschriften ersichtlich. Die wichtigsten seien genannt: Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß die elterliche Sorge mit der Volljährigkeit des Kindes endet. Maßgebender Gesichtspunkt für die Zuordnung des Elternrechts ist damit offenbar die Hilfsbedürftigkeit des Kindes. Wenn diese nicht mehr besteht, hat das Elternrecht folgerichtig seine Aufgabe erfüllt und erlischt.

In dieser zeitlichen Begrenzung unterscheidet sich die heutige elterliche Sorge von ihren historischen Formen, etwa von der patria potestas des römischen Rechts, die grundsätzlich lebens-

länglich bestand. Weil sich das Elternrecht heute nur darauf bezieht, Kinder und Jugendliche zur Selbständigkeit hinzuführen, muß sich auch der zeitliche Geltungsbereich des Elternrechts der veränderten Lage anpassen, wenn die Jugendlichen etwa - wie in der Jetztzeit - früher selbständig werden als in der Vergangenheit. Gesetzlicher Ausdruck dieses Faktums ist die kürzlich erfolgte Herabsetzung des Volljährigkeitsalters von 21 auf 18 Jahre. Damit wurde die Konsequenz aus dem Sinn des Elternrechts gezogen. Müßte der Gesetzgeber daher zwischen den blutmäßigen und den hilfsbereiten Eltern bei der Geburt des Kindes wählen, so wäre nach diesem Tatbestand sicher, daß er das Kind nicht den genetischen, sondern den sozialen Eltern zusprechen würde.

Die gleiche Einstellung des Gesetzgebers erweist sich am Vorhandensein der §§ 1666, 1748 n.F. Das Elternrecht kann den Eltern, die eine Gefährdung des Kindes nicht verhindern können (§ 1666) oder sich nicht um das Kind kümmern (§ 1748 n.F.), durch richterlichen Spruch entzogen werden. Wenn der Staat aber den leiblichen Eltern, die sich um ihre Kinder nicht sorgen (können), das Elternrecht nimmt, kann er es ihnen konsequenterweise nicht einräumen, wenn - wie zur Demonstration unterstellt - typischerweise sicher ist, daß sie die Kinder nicht aufziehen werden. Man würde das Elternrecht vielmehr von Anfang an den Eltern zubilligen müssen, die bereit sind, das Kind zu betreuen. So verfährt die Rechtsordnung heute praktisch nach dem Versagen der leiblichen Eltern in bezug auf die Adoptiveltern.

Verlassen wir damit den gebildeten Beispielfall. Er sollte lediglich unterstützend zeigen, daß das Gesetz den leiblichen Eltern deshalb das Kind zuteilt, weil es von diesen Eltern vermutet, daß sie sich des Kindes annehmen und dieses aufziehen werden. Ähnliches ist in einem Beschluß des BVerfG zu lesen, in dem es sich mit einer Ansicht auseinandersetzen mußte, die den Eltern das Elternrecht allein schon wegen ihrer Blutsbeziehung zum Kind unverrückbar belassen wollte: "Der Verfassungsgeber geht davon aus, daß diejenigen, die einem Kinde das Leben geben, von Natur aus bereit und berufen sind, die Verantwortung für seine Pflege

und Erziehung zu übernehmen"²³⁴⁾. Auch nach der Ansicht des BVerfG kommt den Eltern das Elternrecht bei der Geburt des Kindes vornehmlich wegen dieser Vermutung zu und nicht deshalb, weil sie das Kind gezeugt und geboren haben.

Ein weiteres gesetzliches Zeichen für die genannte Tatsache ist die unterschiedliche Behandlung des nichtehelichen Vaters im Gegensatz zur nichtehelichen Mutter. Nur der nichtehelichen Mutter kommt nach dem Gesetz das Sorgerecht zu. Es ist offenkundig, warum nicht beide nichteheliche Eltern das Sorgerecht bei der Geburt des Kindes erhalten. Das Gesetz will nur einem Elternteil das Sorgerecht geben, wenn die Eltern nicht - oder voraussichtlich nicht auf Dauer - zusammenleben. So weist es die elterliche Sorge auch nur einem Elternteil zu, wenn sich die Eltern scheiden lassen oder für dauernd trennen (§§ 1671, 1672). Während aber jeder eheliche Elternteil nach der Ehescheidung prinzipiell das gleiche Recht auf Zuweisung des Kindes hat und sich die Zuweisung heute im Einzelfall nach dem Wohle des Kindes richtet, hat - wenn ein nichteheliches Kind geboren wird - zunächst nur die Mutter das Recht und die Pflicht, die elterliche Sorge zu übernehmen. Käme es auf die zu beiden Eltern bestehende Blutsverwandtschaft des nichtehelichen Kindes an, so müßte das Gesetz auch hier dafür offen sein, welchem Elternteil es das Kind zuweisen will. Das Gesetz eröffnet hingegen keine Wahlmöglichkeit, weil es davon ausgeht, daß bei typischer Sicht die Mutter wegen ihrer engen Beziehung zum Kind bereit und fähig sein wird, dieses aufzuziehen und zu betreuen. Beim nichtehelichen Vater hingegen vermutet es diese Bereitschaft und Fähigkeit nicht. Ihm gibt das Gesetz das volle Elternrecht nur, wenn er die Bereitschaft und Fähigkeit im Einzelfalle nachweist (siehe § 1723).

Für unsere Antwort ist es gleichgültig, ob wir die tatsächlich oft feststellbare mangelnde Zuwendung des nichtehelichen Vaters zum Kind für naturgegeben halten oder glauben, sie sei durch eine dem nichtehelichen Vater ungünstig gesonnene Umwelt mitbedingt. Für unsere Antwort ist es auch unerheblich, ob man eine Gleich-

234) BVerfGE 24, 119 (150).

behandlung des nichtehelichen Vaters mit der nichtehelichen Mutter - entsprechend § 1671 - fordert, weil individuell gesehen der Vater das gleiche Interesse am Kind und die gleiche Befähigung zur Erziehung haben kann wie die Mutter. Wir befassen uns nur mit der derzeitigen gesetzlichen Wirklichkeit und deuten die gegenwärtige Wertung des Gesetzes. Rechtspolitik ist nicht unsere Aufgabe. In den Anfängen des BGB kann die alleinige Zuständigkeit der nichtehelichen Mutter allerdings auf anderen Erwägungen beruht haben: vornehmlich auf Gründen des Eheschutzes (der vom Manne beherrschten Ehe). Doch ist diese Wertung einem heute geltenden Gesetz nicht mehr zu unterstellen. Hiermit wäre wohl das Grundgesetz tangiert: Erstens rangiert Art. 6 Abs. 5 GG nicht hinter Art. 6 Abs. 1 GG und zweitens darf die heutige Ehe nicht mehr allein vom Manne her gedeutet werden (Art. 3 Abs. 2 GG).

5. Das Umgangsrecht der ehelichen Eltern

Soviel zum Grund des Elternrechts, das bei der Geburt des Kindes entsteht. Wenn wir aber davon ausgehen, Zeugung und Geburt seien dem Gesetzgeber nicht Selbstzweck, sondern vornehmlich nur Anhalt für die Vermutung, daß sich die Eltern des Kindes annehmen, ist die Blutsbeziehung zu jedem späteren Zeitpunkt im Eltern-Kind-Verhältnis ohne wesentliche Bedeutung. Für jedes nach der Geburt des Kindes entstehende Elternrecht kann dann folgerichtig in der Hauptsache nur noch die Tatsache maßgebend sein, auf welche die auf die Blutsverwandtschaft gestützte Vermutung ausgerichtet ist: die tatsächlich wahrgenommenen Elternaufgaben und damit die reale Bedeutung, die die Eltern für das Kind gewonnen haben, rechtfertigen nunmehr das Elternrecht. Das scheint eine notwendige Konsequenz zu sein: Wenn den Eltern vornehmlich deshalb das Elternrecht bei der Geburt des Kindes zukommt, weil der Gesetzgeber voraussetzt, daß die Eltern sich des Kindes annehmen werden, wird er bei Rechten, die nach der Geburt des Kindes liegen, in der Regel voraussetzen, daß sie sich des Kindes angenommen haben. Das nach der Geburt des Kindes entstehende Recht der Eltern beruht somit auf einer Fortsetzung des Gedankens, der bei der Geburt des Kindes obwaltet. Dabei hat der Gesetzgeber die Wahl, die konkrete oder die typische Realität zum Ausgangspunkt zu nehmen.

Das Abstellen auf die konkrete Realität würde bedingen, daß im Einzelfall zu prüfen wäre, ob die Eltern Elternaufgaben wahrgenommen haben. Die Einräumung von Elternrechten würde damit von einer richterlichen Entscheidung abhängig zu machen sein. Das Abstellen auf die typische Realität bedeutet, daß der Gesetzgeber selbst die Lebenswirklichkeit prüft und nach der dort anzutreffenden normalen Lage entscheidet, ob den Eltern weitere Rechte in bezug auf das Kind eingeräumt werden können. Eine richterliche Einzelfallentscheidung wäre am Platz, wenn typischerweise unklar wäre, ob die Eltern ihre Kinder betreut haben und damit sozial zu Eltern geworden sind. Eine generelle Entscheidung des Gesetzgebers wäre zu vertreten, wenn im allgemeinen davon ausgegangen werden könnte, daß die Eltern praktisch Elternstelle eingenommen haben.

Beim Umgangsrecht entscheidet sich das Gesetz für die typische Sicht. Es räumt nach der Ehescheidung generell - ohne Prüfung im Einzelfall - ein Umgangsrecht ein, weil es davon ausgeht, daß auch der später umgangsberechtigte Elternteil in der früheren Lebensgemeinschaft mit dem Kind die Aufgaben wahrgenommen hat, derentwegen auch ihm das Elternrecht bei der Geburt des Kindes gegeben wurde. Die Auffassung des Gesetzes erscheint zutreffend. Das Gesetz kann sich auf die Erfahrungstatsache stützen, daß sich ganz allgemein Eltern ihrer Kinder annehmen und daß dies auch für diejenigen Eltern gilt, die sich später scheiden lassen. Die Scheidung beruht meist nur auf Gründen, die das Verhältnis der Eltern zueinander betreffen, mit ihrem Verhältnis zu den Kindern im allgemeinen aber nichts zu tun haben. Letzteres ist heute allgemein anerkannt. (Auch) aus diesem Grunde wurde schon vor der Gesetzesänderung lange gefordert, den Vorrang des schuldlosen Elternteils (§ 1671 Abs. 3 S. 2) zu beseitigen, weil aus Verfehlungen des einen Ehegatten gegenüber dem anderen prinzipiell nichts auf sein Verhältnis zum Kind hergeleitet werden kann²³⁵⁾. Aber es wird auch an entscheidender Stelle gesehen, daß die hier angegebenen Gründe für das Umgangsrecht maßgebend sind und dieses recht-

235) So zutreffend bereits Schwoerer, AcP 151 (1951/52), 122 (125, 129, 135). Vgl. zur Kritik am Vorrang des schuldlosen Ehegatten in § 1671 Abs. 3 S. 2 a.F. auch Gernhuber, Lehrbuch, § 56 V 1 m.w.N.

fertigen. So schreibt das BVerfG, um die unterschiedliche Rechtsstellung von ehelichem und nichtehelichem Vater in bezug auf das Umgangsrecht zu begründen, daß "anders als bei nicht-ehelichen Kindern... bei geschiedenen Eltern zunächst eine Lebensgemeinschaft bestanden (habe), in deren Rahmen der geschiedene Vater regelmäßig die Pflege und Erziehung des Kindes mit wahrgenommen (habe)"²³⁶⁾. Ins allgemeine übertragen bestätigt dieser Satz die hier vertretene Auffassung: Eltern, die im Falle der Scheidung das Sorgerecht verlieren, behalten ein Umgangsrecht, weil auch sie im Rahmen der früheren Familiengemeinschaft an der Pflege und Erziehung des Kindes beteiligt waren. Allerdings ist damit die zentrale Basis des gegenwärtigen Umgangsrechts noch nicht getroffen. Doch ist jedenfalls eine i.d.R. notwendige Voraussetzung dieser Basis genannt.

III. Folgerungen aus dem Sinn des Umgangsrechts:

Die innere Verbindung von Elternteil und Kind als konstitutives Element des Umgangsrechts

1. Der Sinn des Umgangsrechts

Aber nicht nur aus diesen generellen Überlegungen zum Elternrecht und Umgangsrecht ergibt sich, daß dem Umgangsrecht die soziale - und nicht die biologische - Elternschaft zugrunde liegt. Vielmehr folgt dies aus dem allgemein anerkannten Sinn des Gesetzes unmittelbar²³⁷⁾. Dieser besteht nach einstimmiger Auffassung darin, es dem nichtsorgeberechtigten Elternteil zu ermöglichen:

236) BVerfGE 31, 194 (212).

237) Es sei angefügt, daß auch die zeitliche Begrenzung des Umgangsrechts belegt, daß seine Deutung von den Blutsbanden her nicht richtig sein kann. Das Umgangsrecht endet mit der Volljährigkeit des Kindes, die genetische Beziehung hingegen besteht über die Volljährigkeit des Kindes hinaus. Schon hieraus ergibt sich, daß das Umgangsrecht etwas mit der Wahrnehmung der Elternfunktionen zu tun haben muß: in gewisser Weise ist es eine Fortsetzung der Fürsorge für das Kind, die wahrgenommen wurde, während der Elternteil das Sorgerecht innehatte. Vgl. hierzu auch die Erwägungen, mit denen das BVerfG die Auffassung ablehnt, die § 1747 Abs. 1 a.F. - Einwilligung der Eltern in die Adoption - als auf den Blutsbanden beruhend ansieht (BVerfGE 24, 119 (136)).

- a) sich von dem körperlichen und geistigen Befinden des Kindes und seiner Entwicklung durch Augenschein und gegenseitige Aussprache fortlaufend zu überzeugen,
- b) die verwandtschaftlichen Beziehungen zum Kind aufrechtzuhalten und einer Entfremdung vorzubeugen;
- c) es soll außerdem dem Liebesbedürfnis beider Teile Rechnung tragen.

Untersucht man den Zweck des Gesetzes im einzelnen, so zeigen sich folgende Grundvorstellungen:

Die Aussage unter a) beruht auf der Überlegung, daß sich der Umgangsberechtigte zu der Zeit, als er noch die elterliche Sorge besaß, ebenso wie der jetzt allein Sorgeberechtigte, um das Kind gekümmert und ihm gegenüber Schutz- und Fürsorgefunktionen übernommen hat. Dieser Eintritt in die soziale Elternstellung verleiht dem Umgangsberechtigten die Befugnis, das Schicksal des Kindes, zu dessen Entwicklung er beigetragen hat, weiter zu verfolgen. Die auf Zeugung und Geburt gegründete Beziehung allein, die in der Regel allerdings vorhanden ist, ist zu diesem Anliegen ohne Verbindung.

In den folgenden Aussagen - b) und c) - wird die erste Überlegung weitergeführt. Der Gedanke ist hier, daß aufgrund der vom Umgangsberechtigten Elternteil wahrgenommenen Aufgaben zwischen ihm und dem Kind eine tiefe persönliche Beziehung entstanden ist. Die zwischen den beiden Menschen bestehende Vertrautheit und Liebe soll durch die Trennung nicht verlorengehen. Hier wird also ein weiteres Element vorausgesetzt, das zwar auf der sozialen Elternschaft beruht, aber seinerseits ein neues Erfordernis beinhaltet: eine entstandene persönliche Verbundenheit zwischen Elternteil und Kind. Sie ist das eigentlich konstitutive Element des Umgangsrechts. Mit der Auflösung der Familie ist die soziale Elternstellung des Umgangsberechtigten zu Ende. Der tragende Bestandteil der sozialen Eltern-Kind-Beziehung jedoch, die Zuneigung der beiden Menschen zueinander, reicht über die Trennung hinaus und ist die Gemeinsamkeit, die Elternteil und Kind noch verbindet. Diese Ge-

meinsamkeit ist nach dem Willen des Gesetzes auch nach dem Verlust der gemeinsamen Lebensgrundlage und trotz der Tatsache aufrechtzuerhalten, daß sich das Kind nunmehr im alleinigen Einflußbereich des anderen Elternteils (also oftmals "im feindlichen Lager") befindet.

2. Bestätigung durch die Familiensoziologie

Ins allgemeine übertragen wird diese Auffassung von der familiensoziologischen Forschung bestätigt. Diese hat sich mit dem speziellen Problem der Basis des Umgangsrechts freilich nicht befaßt, obwohl die folgenden Worte den Anschein erwecken, als seien sie direkt auf das Umgangsrecht bezogen. So schildert König unter Bezugnahme auf Cooley als Grundzug der Familie, daß sie auf engster Assoziation und Kooperation, vor allem aber "auf persönlicher Gegenwart in einem ausgesprochenen Intimverhältnis" gründe²³⁸⁾. Das Merkmal der persönlichen Gegenwart sei dann, so fährt König fort, in der weiteren familiensoziologischen Diskussion aus dem Begriff der Primärgruppe ausgeschieden worden, weil der Intimzusammenhang der Familie nicht zerstört zu werden brauche, wenn etwa die Familienmitglieder durch das Leben an verschiedene Orte verschlagen werden. König schließt seine Ausführungen dann wörtlich: "Viel entscheidender als das Merkmal der räumlichen Nähe ist das der Intimität; dieses ist in der Tat unaufgebbar, wie man mit Recht betont hat"²³⁹⁾.

Soweit also die familiensoziologische Begründung dafür, daß das Eltern-Kind-Verhältnis auch nach der räumlichen Trennung von Elternteil und Kind ein echtes Familienverhältnis bleibt. Auch wenn die "Gemeinschaft in der Gruppe" zwischen Elternteil und Kind nicht mehr besteht, bleibt zwischen ihnen doch der "Charakter der Intimität" erhalten. Diese Worte beinhalten nichts anderes als die verallgemeinerte Fassung dessen, was hier konkret aus dem Sinn des Umgangsrechts gefolgert wurde.

238) König, Materialien zur Soziologie der Familie, S. 98.

239) König, a.a.O., S. 98.

IV. Erörterung der Kritik

Allerdings hat die in verkürzter Form schon früher vorgetragene²⁴⁰⁾ Interpretation der Formel über den Sinn des Umgangsrechts im Schrifttum Widerspruch erfahren. So wurde erwidert, mit den anerkannten - hier unter a) bis c) genannten - Zielen des Umgangsrechts werde zwar "vielleicht nicht vollständig, aber doch weiterhin die existentielle Schicht getroffen, die Elternschaft und Kindschaft (verbindet): die unentrinnbare genetische Bindung des Kindes an die Eltern und die Sinnerfüllung, die Eltern in ihren Kindern suchen (könnten)"²⁴¹⁾. Ferner wurde darauf hingewiesen, daß "die Möglichkeit einer Identifikation mit dem eigenen Kind... nicht abhängig von eigener Pflege und Erziehung (sei), also auch nicht mit dem Ausschluß von ihnen erlösche und andauere, wenn der Entfremdung vorgebeugt (werde)"²⁴²⁾.

1. Ist das Umgangsrecht ein Ausdruck der "unentrinnbaren genetischen Bindung" des Kindes an die Eltern?

Wir wollen uns mit der vorgetragenen Ansicht im einzelnen auseinandersetzen. Ist das Umgangsrecht also ein Ausdruck der "unentrinnbaren genetischen Bindung" des Kindes an die Eltern und kommt dies in der "Formel" vom Sinn des Umgangsrechts zum Ausdruck? Wir haben im Verlaufe der Untersuchung gesehen, daß die Zeiten, in welchen das Umgangsrecht u.U. wirklich als Ausdruck der "unentrinnbaren genetischen Beziehung" aufgefaßt werden konnte, inzwischen vorbei sind. § 1634 Abs. 1 S. 2 Entw., § 1634 Abs. 2 S. 2 BGB sind deutliche Zeichen dafür, daß die Vokabel "unentrinnbar" in bezug auf das Umgangsrecht keinen Platz mehr hat. Denken wir weiter daran, daß das Umgangsrecht erlischt, wenn das Kind volljährig geworden ist - die genetische Beziehung besteht weiter - und denken wir auch an die oben geschilderten Tatbestände: kein Umgangsrecht der leiblichen Eltern im Falle der Adoption des minderjährigen Kindes (wie auch keine sonstige Rechtsbeziehung), kein Umgangsrecht des nichtehelichen Vaters, hingegen Umgangsrechte des Scheinvaters, der Adoptiveltern und des nichtehelichen

240) Siehe meinen Aufsatz, FamRZ 1972, 485.

241) Gernhuber, FamRZ 1973, 242.

242) Gernhuber, a.a.O.

Vaters, der die Mutter geheiratet hat. Wie soll in Anbetracht dieser Sachverhalte der Sinn des Umgangsrechts die "genetische Bindung des Kindes an die Eltern" ausdrücken?

Oder betrachten wir die Rechtsstellung des nichtehelichen Vaters im Vergleich zu derjenigen des ehelichen Vaters genauer. Würde das Gesetz dem nichtehelichen Vater ein Umgangsrecht nach § 1634 zubilligen, hätte Gernhubers Ansicht gute Gründe für sich. Der nichteheliche Vater fällt jedoch nicht unter § 1634. Er hat kein Recht, für ihn gilt die Vorschrift des § 1711. Diese Differenzierung des Gesetzes kann nicht durch ein genetisches Verständnis des Umgangsrechts aufgehoben werden. Hier muß gewartet werden, bis sich der Gesetzgeber dazu entschließt, das Umgangsrecht so zu konzipieren, daß es als Ausdruck der genetischen Bindung verstanden werden kann. Vielleicht wird eine vornehmlich genetische Auffassung des Umgangsrechts auch in fernerer Zukunft einmal im Gesetz zum Durchbruch kommen. Solange sich der Gesetzgeber aber nicht entschlossen hat, den nichtehelichen Vater in bezug auf das Umgangsrecht ebenso zu behandeln wie den ehelichen geschiedenen Vater, ist Gernhubers Interpretation des Umgangsrechts unrichtig.

Rechtspolitisch gesehen sprechen freilich für die Gleichbehandlung gewichtige Gründe, weil damit der Unterschied in der rechtlichen Regelung zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern aufgehoben und die Trennungslinie nach den tatsächlichen Lebensverhältnissen gezogen würde: also zwischen Kindern, die in einer vollständigen Familie aufwachsen und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist. Gegen diese Lösung wird genauso wenig etwas einzuwenden sein wie gegen eine Konzeption des Umgangsrechts, die den ehelichen und nichtehelichen Vater gleich behandelt, soweit sichergestellt ist, daß das Kind hierdurch keinen Schaden nimmt. Doch dürfen die Fälle, in denen das Umgangsrecht eine Quelle ständiger Streitigkeiten bildet, nicht erweitert werden²⁴³⁾. Die Grenzen eines künftigen (gemeinsamen) Umgangsrechts für den ehelichen und nichtehelichen Vater wären eher dem heutigen § 1711

243) So auch Horstmann, Zum Problem der personenrechtl. Beziehungen, S. 126 m.w.N.

statt dem jetzigen § 1634 zu entnehmen. Solange aber der Gesetzgeber das Umgangsrecht nicht einheitlich für eheliche und nicht-eheliche Eltern geregelt hat, drücken § 1634 und § 1711 unterschiedliche Gedanken aus und haben unterschiedliche Ziele: in § 1634 soll eine typischerweise durch elterliche Betreuung entstandene persönliche Bindung aufrechterhalten werden; § 1711 will eine persönliche Begegnung und damit eine persönliche Beziehung überhaupt erst ermöglichen. Allenfalls § 1711 könnte man daher als Ausdruck der genetischen Bindung zwischen Kind und Vater ansehen, wenn man davon absieht, daß auch dieses Recht mit der Volljährigkeit des Kindes erlischt und damit nicht "blutsabhängig" ist. Bei Gernhuber ist der Wunsch nach gesetzlicher Änderung die Triebfeder seiner Gedanken. Gernhuber wünscht ein Umgangsrecht, das als Ausdruck der genetischen Bindung begriffen werden kann, und er integriert diesen Wunsch dem geltenden Recht²⁴⁴⁾.

Auch aus anderer Sicht wird deutlich, daß Gernhubers Auffassung nicht richtig ist. Wir bleiben bei den Unterschieden zwischen dem Umgangsrecht des nichtehelichen Vaters und dem des ehelichen Vaters. § 1711 ist kompromißlos vom Kindeswohl beherrscht, in § 1634 wird versucht, den Weg des Ausgleichs zwischen den Belangen des Kindes und denen des Elternteils zu beschreiten. Die Unterschiede sind nicht nur durch die traditionell abweisende Haltung des Gesetzgebers gegenüber dem nichtehelichen Vater bedingt. In der Regelung ist auch ein Zeichen dafür zu sehen, daß dort, wo erst Beziehungen aufgenommen werden sollen, wo noch keine Bindungen vorhanden sind, das Kindeswohl unbeschränkt gelten soll. Dort hingegen, wo schon Beziehungen angeknüpft wurden, sollen andere Regeln gelten. Dies aus folgendem Grund: Der Elternteil, der schon mit dem Kind durch das Zusammenleben in der Lebensgemeinschaft verbunden ist, wird härter getroffen, würde man ihm den persönlichen Umgang versagen, als derjenige Elternteil, der bisher noch keinen Kontakt aufgenommen hatte. Außerdem wirkt hier der Gedanke, daß demjenigen, der dem Kind schon konkret als "Vater" in der

244) Gernhuber, Lehrbuch, § 58 I 3; FamRZ 1973, 243 erhebt rechtspolitisch die Forderung, den nichtehelichen Vater personenrechtlich gleich zu behandeln wie die nichteheliche Mutter (und die ehelichen Eltern), also etwa eine Regelung entsprechend §§ 1671, 1634 vorzusehen.

Lebensgemeinschaft begegnet ist, nach dem Scheitern der Ehe größere Rechte eingeräumt werden müssen, als demjenigen, der bisher nur finanzielle Beiträge zum Unterhalt des Kindes geleistet hat. Doch, wie gesagt: Wenn man die Auffassung vertritt, daß dem Kindeswohl mehr als bisher Rechnung getragen werden muß, steht nichts entgegen, die erweiterten Befugnisse des ehelichen Vaters abzubauen und denen des nichtehelichen Vaters anzugleichen. Allerdings müßte man sich dann wohl überlegen, wie auch die Lasten des Vaters verringert werden können. Gernhuber will freilich umgekehrt verfahren und den nichtehelichen Vater wie den ehelichen behandeln. Ganz gleich aber, welche Lösung man befürwortet: Solange der Zustand ist wie heute und Unterschiede zwischen § 1634 und § 1711 bestehen, ist es falsch, in § 1634 ein Zeichen für die "unentrinnbare genetische Bindung" des Kindes an seine Eltern zu sehen.

2. Bedeutet das Umgangsrecht eine Anerkennung der Sinnerfüllung, die Eltern in ihren Kindern finden können?

Der Ansicht Gernhubers hingegen, daß das Umgangsrecht auch eine Anerkennung der Sinnerfüllung sei, die die Eltern in ihren Kindern finden können, ist zuzustimmen. Allerdings muß man sich der Grenze bewußt sein, bis zu welcher die Sinnerfüllung der Eltern anerkannt werden kann. Das Kind darf nicht - zumindest nicht in erster Linie - "als Medizin" für seine Eltern gesehen werden²⁴⁵⁾. Doch braucht man wegen dieser Gefahr den Aspekt der Sinnerfüllung nicht aus der Betrachtung des Umgangsrechts auszuschließen: man muß ihn sogar einbeziehen. Das Umgangsrecht betrifft schließlich eine menschliche Beziehung, bei welcher auch dem menschlichen Anliegen des Elternteils Rechnung getragen werden kann und muß. Das ist gerade nach der hier vertretenen Ansicht selbstverständlich. Die Gegenauffassung aber schützt - im Extremfall - nicht die menschliche Beziehung, sondern die Blutsgemeinschaft, d.h. sie verteidigt die Familie als Fassade, weil sie nicht fragt, ob und

245) Metzger, ZBlJugR 1972, 43. Metzger weist zutreffend darauf hin, daß ein Kind nicht zur Sache, zum Gebrauchsgegenstand entwürdigt werden dürfe. Dieser Gefahr muß man sich - bei aller Anerkennung der Belange des Elternteils - bewußt sein und sich überlegen, wie ihr zu begegnen ist.

inwieweit es die Sinnerfüllung ist, die der Elternteil sucht. Die hier vertretene Auffassung hingegen schützt die menschliche Beziehung zwischen Eltern und Kindern.

3. Ist die Identifikation der Eltern mit dem Kind von eigener Pflege und Erziehung abhängig?

Zutreffend ist auch der Hinweis Gernhubers, daß die Möglichkeit der Identifikation mit dem eigenen Kind nicht von eigener Pflege und Erziehung abhängig sei. Letzteres wird auch hier nicht behauptet. Wenn Eltern sich ein Kind wünschen, dokumentiert bereits der Wille zur Zeugung den Willen zum Kind. Die Liebe zu diesem ist damit schon oft vor der Geburt des Kindes vorhanden. Auch wird oft die Zuneigung der Eltern dadurch hervorgerufen und erhalten - zumindest aber unterstützt -, daß sie selbst es sind, die "im eigenen Kind fortleben". Auch sind zweifellos Beweise dafür vorhanden, daß die Verbundenheit der Eltern mit ihrem Kind davon unabhängig sein kann, ob je eine häusliche Gemeinschaft mit dem Kind bestanden hat. So erfüllte es sicher viele abwesende Väter im letzten Krieg mit Hoffnung und Zuversicht, ein Kind "zu Hause" zu wissen, mochten sie dieses auch nicht gesehen, geschweige denn, mit aufgezogen haben. Oder denken wir an den Schmerz vieler Eltern, die ihr Kleinkind in den Wirren der Nachkriegszeit auf der Flucht verloren und über Jahrzehnte hinweg sich vergeblich bemüht haben, es wiederzufinden. Auch hier war niemals eine nennenswerte Betreuungstätigkeit der Eltern vorhanden.

Das Problem ist jedoch: Ist es für unsere Frage wesentlich, ob eine Bindung des Elternteils an das Kind schon aus der Blutsbeziehung resultieren und von eigener Betreuung unabhängig sein kann? Ist es wichtig, welchen Erscheinungen wir im Leben begegnen oder ist es nicht vielmehr für die Frage der Gesetzesinterpretation entscheidend, welchen Lebenstatbestand das Gesetz in bezug auf eine bestimmte Norm anerkennt?

a. Das Gesetz entscheidet über die rechtliche Anerkennung eines Lebenstatbestandes

Über die rechtliche Anerkennung eines Lebenstatbestandes entscheidet das Gesetz. Das Gesetz trifft also die Auswahl. Aus der unbestreitbaren Tatsache, daß die Zuneigung der Eltern zum Kind nicht daher rühren muß, daß sie sich während des Bestehens der Lebensgemeinschaft um das Kind gekümmert haben, sondern aufgrund der leiblichen Verwandtschaft gegeben sein kann, kann zwar die Forderung an den Gesetzgeber hergeleitet werden, die Blutsbeziehung gebührend zu berücksichtigen. Doch ist diese Tatsache nicht so zwingend, daß sie der Gesetzgeber unbedingt zum tragenden Ansatz der rechtlichen Regelung machen müßte. So hat der Gesetzgeber etwa die Blutsbeziehung lange Zeit in bezug auf den nichtehelichen Vater völlig ignoriert. Grundsätzlich müssen wir also auf das Gesetz schauen, um zu erfahren, aus welchen Lebenstatbeständen das Gesetz die Regelung entnimmt: wir dürfen nicht auf das Leben blicken und von einem dort herausgegriffenen Tatbestand vortragen, er bilde die Basis der gesetzlichen Vorschrift.

Aus dem Gesetz aber folgt: Eine Identifikation des Elternteils mit dem Kind, die allein aus den Blutsbanden herrührt, wird - wenn überhaupt - nur in eingeschränktem Maß - und das nicht in § 1634 - anerkannt. Das beweist das Vorhandensein des § 1711. Nur hier, in dieser Vorschrift, manifestiert sich die auf den Blutsbanden ruhende Zuneigung²⁴⁶⁾. In § 1634 ist aber mehr vorausgesetzt: Weil hier zu dem Tatbestand der Zeugung und Geburt typischerweise noch die persönliche Fürsorge hinzugetreten ist, vermutet das Gesetz eine vertiefte Bindung des Elternteils an das Kind und gewährt - wie gesagt - ein Umgangsrecht und nicht nur eine

246) Auch das ist noch in Frage zu ziehen. So mag der Gesetzgeber hier auch an die Fälle des Konkubinats der Eltern gedacht haben, bei welchem der nichteheliche Vater früher auch nach langjährigem Zusammenleben mit dem Kind noch nicht einmal die rechtliche Chance zum persönlichen Umgang hatte. An die Fälle des Konkubinats denkt vornehmlich auch die Rspr. Siehe LG Hamburg, FamRZ 1971, 600 (602), das aufgrund der langjährigen Lebensgemeinschaft von Vater und Kind annimmt, daß dieser den persönlichen Umgang "aus echter Zuneigung" und "innerer Anteilnahme" erstrebe.

Chance zum persönlichen Umgang. Außer auf dem Gedanken, daß dort ein Mehr an Rechten gegeben werden soll, wo mehr vorhanden ist als die Blutsbeziehung, weil noch Fürsorge geleistet wurde, beruht die Norm auf einer wesentlichen psychologischen Erkenntnis. Dem Gesetzgeber ist bewußt, wie entscheidend die persönliche Bindung des Elternteils an das Kind gerade in den Fällen, die für das Umgangsrecht in Frage kommen, vom dauernden Kontakt in der Lebensgemeinschaft abhängig ist. Dort, wo dieser typischerweise bestanden hat, legt man andere Maßstäbe an als dort, wo dies nicht der Fall war. Diese Auffassung wird verständlich, wenn man die besondere soziologische Situation in Augenschein nimmt, die beim Umgangsrecht gemeinhin anzutreffen ist. Denn nicht nur die Umgangschance des nichtehelichen Vaters nach § 1711, sondern auch das Umgangsrecht des § 1634 ist nahezu ein reines Mannesrecht. Aus dem Jahre 1969 sind Zahlen bekannt: 266.000 Kinder unter 18 Jahren wuchsen bei ihren geschiedenen Müttern auf, hingegen nur 20.000 bei ihren (14.000) geschiedenen Vätern²⁴⁷⁾. In über 90 % der Fälle war damals also der Vater umgangsberechtigt; heute dürfte es nicht wesentlich anders sein²⁴⁸⁾.

b. Die unterschiedliche Bedeutung der Blutsbeziehung bei Mutter und Vater

Dieser soziologische Tatbestand ist so wichtig, weil - psychologisch und lebensmäßig betrachtet - die Blutsbeziehung bei Mann und Frau Unterschiedliches bedeutet. Es wurde bisher auch in dieser Arbeit zu undifferenziert davon gesprochen, daß die durch Zeugung und Geburt vermittelte Beziehung eine Bindung des Elternteils an das Kind bewirken könne. Doch ist die durch das "Blut" hervorgerufene Zuneigung der Mutter zum Kind im allgemeinen stärker als die des Vaters. Denn der Einheitsbegriff "Blutsbeziehung" beinhaltet bei der Mutter im allgemeinen mehrere bindungsbegünstigende Elemente, während er beim Vater i.d.R. lediglich einen Faktor aufweist, der eine Bindung nach sich ziehen kann.

247) Vgl. Luther, RdJB 1972, 162; Gernhuber, FamRZ 1973, 241.

248) Es darf angenommen werden, daß diese Relation für die meisten Staaten typisch ist. So werden für die DDR ähnliche Zahlen genannt (siehe Grandke u.a., Familienrecht, S. 423: In etwa 85 % der Fälle wird den Müttern das Erziehungsrecht übertragen).

aa. Die Bedeutung der Blutsbeziehung bei der Mutter

Die Mutter erfährt schon körperlich das Kind als ihr eigenes. Das Kind wächst in ihrem Leib heran, sie ist mit ihm dadurch in engster Fühlung und stellt sich im allgemeinen allmählich auf das zu erwartende Wesen ein. Die körperliche Verbindung zwischen Mutter und Säugling bleibt meist durch den Vorgang des Nährens noch über die Geburt hinaus erhalten. Mit Recht wird daher davon gesprochen, daß die Beziehungen der Mutter zum Kind primär leiblich-natürlicher Art seien. Beim Vater hingegen gibt es keinen Tatbestand, der dem der beginnenden Mutterschaft und der Geburt des Kindes entsprechen könnte; die Zeugung des Kindes ist dem nicht vergleichbar.

Die hormonelle Umstellung im Körper der Mutter bewirkt, daß sie i.d.R. auch ein Kind, das zunächst nicht gewünscht wird, nach der Geburt - im Stadium der "primären Mütterlichkeit" - annimmt²⁴⁹⁾. So sind etwa zunächst zur Abtreibung entschlossene Frauen nach der Austragung des Kindes meist nicht bereit, es zur Adoption freizugeben²⁵⁰⁾. Auch hierüber gibt es konkretes Material. In der französischen Besatzungszone war es kurz nach Kriegsende möglich, unerwünschte Kinder schon geraume Zeit vor der Entbindung zur Adoption anzumelden. Hiervon wurde auch häufig Gebrauch gemacht. Nach der Geburt des Kindes waren jedoch nur die wenigsten Mütter bereit - von 64 Müttern nur noch 4 -, sich von ihrem Kind zu trennen. Und selbst in diesen Restfällen weiß man nicht, ob das Kind wirklich aus Interessellosigkeit weggegeben wurde. Hier kann auch das Motiv vorherrschend gewesen sein, dem Kind dadurch ein gesichertes Aufwachsen in einer Familie zu ermöglichen²⁵¹⁾. Die hormonelle Hinwendung der Mutter zum Kind ist übrigens auch an Tierversuchen nachgewiesen: Kleintiere, denen man artspezifisches weibliches Hormon einspritzte, ent-

249) Siehe zu diesem U. Lange, RdJB 1971, 273; Biermann, Zeitwende 1974, 299. Der Zustand der "primären Mütterlichkeit" bezeichnet eine gefühlsmäßige Zuwendung der Mutter zum Kind, die kurz vor der Geburt einsetzt und bis etwa 4 - 6 Wochen nach der Geburt des Kindes bestehen bleibt.

250) Vgl. Rüpke, ZRP 1974, 76, der dies in Anbetracht der bestehenden Strafbarkeit der Schwangerschaftsunterbrechung als "gesetzlich verordnete Persönlichkeitsveränderung" der Mutter bezeichnet.

251) Siehe U. Lange, RdJB 1971, 273.

wickelten im Anschluß daran "mütterliche" Gefühle²⁵²⁾. In der Mutter-Kind-Beziehung besteht somit eine triebmäßige Absicherung²⁵³⁾. Soweit wir wissen, gibt es beim Vater hierzu keine Entsprechung: es gibt anscheinend keinen Vatertrieb.

bb. Die Bedeutung der Blutsbeziehung beim Vater

Während damit bei der Mutter auch leiblich-seelische Zustände eine Hinwendung zum Kind bewirken, ist die biologische Basis beim

252) Goode, Soziologie der Familie, S. 34.

253) Allerdings deutet auch manches darauf hin, daß selbst das Mutterverhalten nicht die feste instinktmäßige Basis besitzt, die gemeinhin vermutet wird, daß es wesentlich auch von Lernerfahrungen abhängt: Hat eine Mutter selbst nicht in der eigenen Kindheit die beständige Liebe und Zuneigung einer Bezugsperson erfahren, so ist sie - wie es scheint - auch in der Regel nicht in der Lage, sich dem eigenen Kind liebevoll zuzuwenden (Schmalohr, Frühe Mutterentbehrung, S. 158). Ähnliches ließ sich bei Affenmüttern beobachten, die selbst nicht von ihren Müttern aufgezogen wurden und ihren eigenen Jungen verständnislos gegenüberstanden, seltsamerweise allerdings nur beim ersten Wurf (Schmalohr, a.a.O., S. 142 f.). Man begründet dies mit einer Nachentwicklung mütterlicher Gefühle. Offenbar kann sich der sog. Mutterinstinkt nur auf der Grundlage einer gesunden gefühlsmäßigen Basis entwickeln.

Vater viel geringer²⁵⁴⁾. Hier ist lediglich das Bewußtsein gegeben, daß auch er sich das Kind gewünscht hat - so im günstigen Falle - und daß es auch von ihm abstammt. Weil dieses Gefühl aber nicht biologisch verankert ist, ist es instabiler und vermag auch weniger zu binden. Auch hierfür gibt es Beweise. Diese Tatsache ist deutlich feststellbar am Verhältnis des durchschnittlichen nichtehelichen Vaters zum Kind, und sie ist teilweise auch an den Beziehungen des geschiedenen ehelichen Vaters zum Kind zu bemerken.

Es ist nicht zu bestreiten, daß die Einstellung des durchschnittlichen nichtehelichen Vaters dem Kind gegenüber gleichgültig oder negativ ist. Zwar sind wahrscheinlich Angaben zu pessimistisch, die besagen, daß nur in knapp zwei Prozent der Fälle die Vater-Kind-Beziehung emotional und menschlich tiefer begründet sei²⁵⁵⁾.

254) Die "Vorteile", die daraus resultieren, sollte man allerdings auch nicht übersehen. So ist das Problem des Stiefvaters geringer als das der Stiefmutter, vielleicht auch deshalb, weil Väter weniger mit den Kindern zu tun haben als Mütter. Jedenfalls aber scheint sicher, daß Stiefväter leichter und häufiger in eine wirkliche Vaterrolle hineinwachsen als Stiefmütter in die Mutterrolle (Horstmann, Zum Problem der personenrechtlichen Beziehungen, S. 83 m.w.N.). Manche meinen sogar, zum Vatersein sei die Blutsverwandtschaft nahezu völlig bedeutungslos, weil Vater ohne weiteres auch der sein könne, der das Kind nicht gezeugt habe (Grasnick, NJW 1966, 1197).- Auch die biologische Beziehung der Mutter zum Kind sollte man allerdings nicht überbetonen. So berichtet Metzger, in: Familie im Umbruch, S. 176 folgendes: "In einem französischen Versuch...vermittelte man einer größeren Anzahl unehelicher Mütter nach der Geburt eine geeignete Heimarbeit, die es ihnen ermöglichte, in den ersten zwei Jahren sich selbst um ihr Kind zu kümmern. Am Ende dieser zwei Jahre wurde es ihnen freigestellt, ob sie das Kind nun, wie sonst allgemein üblich, in Pflege geben oder es bei sich behalten wollten. Ergebnis: sämtliche Mütter entschieden sich dafür, mit ihrem Kind weiter zusammenzuleben.- Diese Befunde vermitteln übrigens zugleich eine wesentliche und in ihrer Tragweite bisher viel zu leicht genommene Erkenntnis über die Bedeutung der persönlichen Pflege und Betreuung durch die Mutter für ihr menschliches Verhalten zum Kind." Vgl. auch Pechstein, in: Jahrbuch der Psychohygiene S. 214: "Die emotionale Bindung, die aus diesem unmittelbaren Umgang zumeist der Mutter mit dem Kind wächst, ist so mächtig, daß selbst in Mütterheimen mit unehelichen Müttern, die ursprünglich - bis zum Zeitpunkt der Geburt - Todeswünsche gegen die Kinder hatten, bereits nach 3 Wochen in der Regel ein untrennbares Mutter-Kind-Verhältnis entsteht."

255) So Groth, Kinder ohne Familie, S. 159 f.

Andere Schilderungen erscheinen richtiger: aber auch hier werden noch über 70 % als Erfahrungswert für das gänzliche Desinteresse des nichtehelichen Vaters am Kind genannt²⁵⁶⁾.

Nicht sehr viel besser, wenn auch nicht ganz so desolat, sieht es in bezug auf das Verhältnis des abwesenden geschiedenen Vaters zum Kind aus. Nach Haffter hatten die Kinder in 83 von 152 Fällen, in denen ein persönlicher Umgang in Frage kam, keinen Kontakt mit dem abwesenden Vater²⁵⁷⁾. Ähnliche Zahlen gibt Goode für amerikanische Verhältnisse: In 37 von 100 Fällen hatten die Kinder keinen oder jedenfalls sehr geringen persönlichen Umgang mit dem umgangsberechtigten Elternteil²⁵⁸⁾.

Freilich können für die festgestellte Gleichgültigkeit nicht-ehelicher und geschiedener ehelicher Väter die unterschiedlichsten Motive verantwortlich sein. Sicher wäre etwa bei manchen nichtehelichen Vätern die Bereitschaft größer, wenn sie die Gewißheit hätten, wirklich der leibliche Vater zu sein und nicht nur derjenige, der "zahlt"²⁵⁹⁾. Bei anderen nichtehelichen Vätern mag die Gleichgültigkeit durch äußere Umstände hervorgerufen werden: ein Kontakt mit dem Kind unterbleibt z.B. deshalb, um die eigene später geheiratete Ehefrau nicht aufzubringen²⁶⁰⁾. Auch mag die mangelnde Zuwendung mancher nichtehelicher Väter eine gruppenspezifische Reaktion darauf sein, daß die Rechtsordnung von ihnen und ihresgleichen schon seit Jahrhunderten nichts

256) Vgl. W. Becker, den langjährigen Leiter des Hamburger Jugendamts, in ZBlJugR 1968, 34. Allerdings fügt auch Becker hinzu, daß auch die restlichen 30 % "nicht etwa eine wärmere Anteilnahme am Schicksal des Kindes oder gar an seiner Erziehung erkennen lassen, sondern es oft als ein persönliches Glück ansehen, wenn das Kind frühzeitig stirbt, weil sie dann von ihrer Zahlungspflicht befreit werden." Daß man sich aber vor zu großer Schwarzmalerei hüten sollte, beweisen die Angaben Weblers, ZBlJugR 1969, 177 f. Hier wird immerhin von 259 Fällen berichtet, in denen die nichtehelichen Kinder bei ihren Vätern aufwachsen. Auch Gernhuber, FamRZ 1973, 243 wertet diese Tatsache positiv.

257) Haffter, Kinder aus geschiedenen Ehen, S. 74.

258) Goode, After Divorce, S. 314, zitiert nach König, Handbuch der emp. Sozialforschung, S. 282. Weiteres empirisches Material wird an späterer Stelle herangezogen.

259) Vgl. hierzu im einzelnen die Ausführungen von Reuther, FamRZ 1967, 262.

260) Reuther, a.a.O.

Positives erwartet²⁶¹⁾. Denn auch das Bewußtsein, letztlich "nicht verantwortlich" zu sein - vgl. hierzu noch den Rechtszustand vor 1970 -, vermag die Entstehung eines tieferen Gefühls zu verhindern.

Auch die Gründe, die für die Zurückhaltung des geschiedenen ehelichen Vaters verantwortlich sein können, sind vielfältig. Die räumliche Entfernung vom eigenen Wohnort zu dem des Kindes kann zu groß sein, der Streit mit der früheren Ehefrau derart anhaltend, daß das Kind dem Vater wesentlich durch diese entfremdet wird. Auch mögen die Eltern mitunter vereinbart haben, daß ein Umgangsrecht nicht - oder nur selten - ausgeübt werden soll, um die Kinder nicht in Konflikte zu stürzen. Dieser Fall wird nicht selten sein, wenn beide Eltern neu geheiratet und beide eine neue Familie gegründet haben.

So gewiß es ist, daß alle diese Gründe - und noch einige mehr - beim nichtehelichen wie beim ehelichen geschiedenen Vater gelegentlich mitspielen und diese von einem Kontakt mit dem Kind abhalten können, so sicher scheint es auch, daß es nicht die überwiegenden Fälle sind, auf welche diese "entschuldigenden" Momente zutreffen. Die Regelfälle einer Gleichgültigkeit des Vaters sind auf andere Ursachen zurückzuführen: Beim nichtehelichen Vater kann oft eine Beziehung zum Kind nicht aufkommen, weil er dieses nicht real in der Familiengemeinschaft erlebt. Dadurch steht er dem Kind oft so fern, daß das "Väterliche im Erzeuger"²⁶²⁾ nicht angesprochen werden kann. Auch beim ehelichen geschiedenen Vater liegen die Verhältnisse manchmal ähnlich. Die Ehe hielt nicht lange genug, die Eheleute gingen zu früh auseinander, so daß der Vater keine Beziehung zum Kind gewinnen konnte. Auch andere Gründe können in diesem Zusammenhang eine Rolle spielen. Weil die Begegnung des Vaters mit dem Kind nach der Scheidung nicht mehr in eine Lebensgemeinschaft eingebettet ist, wo sie sich von selbst versteht, wirken die Gefahren eines "Aus den Augen, aus dem Sinn", eines Phänomens, das im übrigen auch bei manchen Müttern zu beobachten ist, denen ihre im Heim befindlichen

261) So Gernhuber, FamRZ 1973, 244; Becker, ZBJugR 1968, 33; ähnlich auch Weidermann, ZBJugR 1972, 364.

262) Michel, in: Vorträge über das Vaterproblem, S. 78.

Kinder aus den Augen geraten sind. Auch hieran erweist sich die maßgebende Bedeutung der Lebensgemeinschaft für die Bindung des Vaters an das Kind und für die Aufrechterhaltung dieser Bindung.

Vom psychologischen und soziologischen Sachverhalt her gesehen ist daher festzustellen, daß die Bindung des Vaters, der zumeist der umgangsberechtigte Elternteil ist, an das Kind oft nicht maßgeblich aus dem Bewußtsein der Blutsbeziehung resultiert, sondern meist aus der persönlichen Gemeinschaft erwächst oder sich dort mindestens wesentlich verstärkt²⁶³⁾.

~~4. Der Tatbestand der Bindung des Kindes an die Eltern~~

a. Unverzichtbarkeit der gegenseitigen Bindung

Die Einwendungen gegen Gernhubers Darlegungen müssen aber noch tiefer ansetzen. Wir haben uns nämlich bisher nur darüber Gedanken gemacht, aus welchen Tatbeständen die Bindung des Vaters an das Kind erwachsen kann. Die Bindung des Kindes an den Vater - und der Sachverhalt, aus dem sich diese ergeben kann - ist bisher noch nicht zur Sprache gekommen. Mit dieser Frage müssen wir uns aber jetzt beschäftigen. Gernhuber sagt hierzu nichts. Aus dem von ihm zutreffend zitierten und allseits anerkannten Sinn des Umgangsrechts meint er offenbar zu ersehen, daß nur die Zuwendung des Elternteils erforderlich sei, während die des Kindes nicht zähle. Denn so sind doch seine Worte zu verstehen: Dort, wo es um das Kind geht, herrscht die "unentrinnbare genetische Bindung", beim Elternteil hingegen werden - mit Recht - andere Gesichtspunkte wesentlich: Hier kommt die Liebe des Elternteils zum Tragen, hier findet der Elternteil Sinnerfüllung im Kind, hier spielt die Identifikation des Elternteils mit dem Kind eine Rolle. Bei der Beziehung des Elternteils zum Kind bewegen wir uns also auf der

263) Aus diesem Tatbestand wird die Regelung des älteren römischen Rechts verständlich, die es dem ansonsten absolut herrschenden pater familias untersagte, "überschüssige" Mädchen auszusetzen, bevor diese das dritte Lebensjahr zurückgelegt haben. Hier wirkte u.a. die Überlegung, daß der Vater das Kind in der Zwischenzeit so lieb gewinnen wird, daß es ihm dann nicht mehr möglich ist, das Kind dem Tod zu überantworten (vgl. Karlowa, Römische Rechtsgeschichte, S. 80).

menschlichen Ebene, während wir bei der Beziehung des Kindes zum Elternteil auf der biologischen Ebene bleiben. Hier regiert der Faktor der "unentrinnbaren Blutsbande", der das Kind dem Elternteil zuordnet. Wie unmaßgeblich die genetische Bindung des Kindes an die Eltern im Zusammenhang mit dem - hier alleine angesprochenen - S i n n des Umgangsrechts ist, zeigt sich schon daraus, daß aus dem genannten Kriterium nicht ersichtlich ist, daß es sich auf eine menschliche Begegnung bezieht. Die genetische Bindung könnte ebensogut etwa auf eine bestimmte vermögensrechtliche Folge gerichtet sein; sie könnte beispielsweise dazu dienen, ein gesetzliches Erbrecht des Kindes zu begründen. Daher müssen wir fragen: Läßt sich die Ansicht halten, daß nur beim Elternteil, nicht aber beim Kind, eine menschliche Zuwendung erforderlich ist?

Aus dem Sinn des Umgangsrechts - also aus Gernhubers Beleg - läßt sich dies gewiß nicht entnehmen:

"Augenschein und gegenseitige Aussprache" bezeichnet, wenn wir das Kind nicht lediglich als Schauobjekt betrachten wollen, eine wechselseitige menschliche Begegnung. Nicht anders steht es mit dem Zweck, die "verwandtschaftlichen Beziehungen aufrechtzuerhalten und einer Entfremdung vorzubeugen". Hier sollen offenbar bereits entstandene menschliche Beziehungen nicht erlöschen. Damit stimmt überein, daß das Umgangsrecht dem "Liebesbedürfnis beider Teile gerecht...werden" soll. Der Sinn des Umgangsrechts zielt also auf die entstandene menschliche Beziehung zwischen Elternteil und Kind und nicht, wie Gernhuber erklärt, von der Seite des Kindes aus nur auf die genetische Bindung.

Freilich hat Gernhuber Gründe, wenn er im Umgangsrecht ein Zeichen der genetischen Bindung des Kindes an seine Eltern sieht. Aus seinen Ausführungen spricht das Wissen darum, daß die menschlichen Bande zwischen dem Kind und dem umgangsberechtigten Elternteil zerstört sein können. Weil Gernhuber jedoch auch in diesen Fällen noch - von der Idee her - ein Umgangsrecht bejahen will, muß er auf die genetische Bindung ausweichen.

Das geht aber nicht. Das Umgangsrecht setzt als enge zwischenmenschliche Beziehung die entstandene Bindung und damit die Bereit-

schaft beider Seiten zur Kommunikation voraus. Es besteht kein Anlaß, hiervon Abstriche zu machen, weil der eine Partner nur "ein Kind" ist und "kindmäßig" reagiert. Das innere Verhältnis des Kindes zum Elternteil ist genauso wichtig wie das des Elternteils zum Kind. Allerdings wird die Einstellung des Kindes dem abwesenden Elternteil gegenüber fast immer von der Einstellung des sorgeberechtigten Elternteils abhängig sein²⁶⁴⁾. Daher ist auch eine Abneigung des Kindes meist vom sorgeberechtigten Elternteil beeinflusst. Das kann aber kein stichhaltiges Argument dafür sein, die Kindeshaltung unberücksichtigt zu lassen. Erziehung ist ohne Beeinflussung undenkbar²⁶⁵⁾. Wenn die Rechtsordnung aber einem Elternteil das Erziehungsrecht beläßt und es trotz aller idealistischen Aufforderung - wie etwa derjenigen, das Kind in Liebe zum anderen Elternteil zu erziehen - nicht hindern kann, daß der sorgeberechtigte Elternteil das Kind gegen den anderen einnimmt²⁶⁶⁾, dann muß sie sich diesen Tatsachen beugen. Die Rechtsordnung darf diese Gegebenheiten nicht zum Nachteil des Kindes verwerten und - das ist gleich wichtig - sie darf deshalb nicht prinzipiell geltende (psychologische) Normen über zwischenmenschliche Beziehungen außer Kraft setzen. Und erst recht darf eine Einstellung nicht aufrechterhalten werden, die sich so weit vom Sinn des Umgangsrechts entfernt, daß sie - ohne Verständnis für die kindliche Psyche - sogar in anerzogener Angst des Kindes und der dadurch hervorgerufenen Beunruhigung (von hypersensiblen Kindern abgesehen) keinen Grund zur Beschränkung des Umgangsrechts sieht²⁶⁷⁾. Es kann für die persönliche Angst und Unruhe nicht

264) Siehe Schwoerer, FamRZ 1965, 303.

265) Lempp, ZBlJugR 1974, 132.

266) Es wird zu Recht oft darauf hingewiesen, daß Appelle an die Vernunft den Bereich starker Affekte nicht zu erreichen vermögen und in dieser Hinsicht meist nutzlos sind. Siehe P. Weber, FamRZ 1973, 286.- Allerdings braucht man auch nicht von der entgegengesetzten Forderung und damit von einem Recht des Kindes auf eine "klare" - und deshalb meist negative - Stellungnahme seiner Eltern auszugehen. Dafür spricht zwar die Erwägung, daß eine betont positive Haltung des Erziehungsberechtigten eine Lüge wäre und man mit Lügen kein Kind erziehen kann (Lempp, NJW 1972, 317). Doch wird man Lügen dieser Art für wünschenswert halten müssen, um dem Kind nicht den anderen Elternteil zu "nehmen". Auch kann die - subjektiv besehene - Lüge bei objektiver Betrachtung die Wahrheit sein.

267) Siehe im einzelnen Staudinger-Schwoerer, § 1671 Rz. 52, 55, 68, 87; Schwoerer, FamRZ 1969, 370.

darauf ankommen, woher sie rührt. Die Beeinträchtigung ist die gleiche bei anezogener wie bei originärer Angst. Aber nicht nur Angst und Unruhe: auch eine sonstige ernsthafte Abneigung des Kindes in jedem Alter hat das Gesetz als Tatsache dann zu berücksichtigen, wenn die Aversion in Anbetracht der Umstände nicht behebbar erscheint.

Allerdings hat der Richter die negative Einstellung des Kindes sachgerecht zu würdigen und kann sie mitunter auch unberücksichtigt lassen, wenn diese dem Kindeswohl widerstreitet und wenn die Einstellung des Kindes dem Elternteil nicht gerecht wird. Der Richter hat auch die Aufgabe, das Kind zu schützen, und muß daher auch Nachteile, die sich das Kind selbst zufügen kann, abwehren. Eine Entscheidung gegen die kindliche Psyche wird aber nur in seltenen Ausnahmefällen vertretbar sein. Selbst der Wille kleinerer Kinder ist, auch wenn er von rationalen Überlegungen weitgehend unbelastet ist, "meist sinnvoll und dem eigenen Wohle dienend"²⁶⁸⁾. Und prinzipiell gilt: Nur in einer Atmosphäre der gegenseitigen Zuneigung und des gegenseitigen Verständnisses ist eine Kommunikation möglich, durch welche die "verwandtschaftliche Beziehung aufrechterhalten, einer Entfremdung vorgebeugt und dem gegenseitigen Liebesbedürfnis Rechnung getragen" werden kann.

Auch an anderen Phänomenen läßt sich konkret zeigen, daß der Grund des Umgangsrechts in der entstandenen menschlichen Bindung liegt. An dem von § 1634 vorausgesetzten Lebenssachverhalt ist dies ebenso ersichtlich wie an der Struktur der Norm selbst.

Beim Lebenstatbestand, dem § 1634 die rechtliche Form gibt, ist, wie gesagt, davon auszugehen, daß die Kinder im allgemeinen zwischen drei und sieben Jahre alt sind, wenn das Umgangsrecht entsteht. Gerade im Kleinkind- und Grundschulalter finden wir typischerweise die stärkste Bindung des Kindes an die Eltern: Hier sind die Eltern nahezu die einzigen, gewiß aber die bei weitem wichtigsten Bezugspersonen. Und sollte diese menschliche Bindung

268) So Lempp, NJW 1963, 1660; U.Lange, RdJB 1971, 362. Diese Verfasser legen dar, daß auch das Kleinkind schon differenzieren kann zwischen einer vordergründigen zweckgerichteten Verwöhnung und einer echten Zuwendung im Sinne eines wirklichen Annehmensei

des Kindes an die Eltern vom Recht nicht anerkannt sein, obwohl die Kinder oft für die Eltern nicht das bedeuten, was diese für sie, und obwohl die Kinder im allgemeinen nicht den gesamten Lebensinhalt der Eltern ausmachen²⁶⁹⁾? Freilich ist es möglich - und das ist leider oft der Fall -, daß die Bindung des Kindes an den einen Elternteil nicht zustande kommen konnte, weil sich das Kind im Streit der Eltern nur mit dem anderen Elternteil identifizierte. Dieser Sachverhalt ist jedoch nicht zu ändern: Er muß als Gegebenheit im Interesse eines Umgangsrechts, das die Belange auch des Kindes achtet, hingenommen werden.

Auch an der in den Sorgerechtsentwurf aufgenommenen Bestimmung über das Vetorecht des Kindes, das 14 Jahre alt ist oder sich nach seiner Entwicklung ein eigenes Urteil über den persönlichen Umgang zu bilden vermag, sehen wir, daß die persönliche Bindung prinzipiell zweiseitig sein muß. Denn fehlt sie, so kann ein Umgangsrecht in diesen Fällen nicht stattfinden. Damit ist künftig eine ausdrückliche Vorschrift über die entscheidende Bedeutung der persönlichen Bindung von Elternteil und Kind im Gesetz vorhanden. Zwar sagt die genannte Vorschrift nur, daß der Wille älterer Kinder zu beachten sei. Daraus ist jedoch nicht zu schließen, die Einstellung jüngerer Kinder sei unerheblich und hier sei von der Idee des Umgangsrechts her eine gegenseitige Bindung nicht gefordert. Die ausdrücklich aufgenommene Bestimmung

269) Siehe hierzu die zutreffende Überlegung in Grandke u.a., Familienrecht, S. 298 zur Aufhebung eines Kindesannahmeverhältnisses zwischen dem Ehegatten eines leiblichen Elternteils, falls die Ehe geschieden wird und der leibliche Elternteil das Erziehungsrecht behält. Das Lehrbuch sagt richtig in bezug auf die subjektive Lage beim adoptierenden Elternteil: "Es muß...grundsätzlich davon ausgegangen werden, daß während der Zeit einer nicht nur kurzfristig bestehenden Ehe ein echtes Mutter- bzw. Vater-Kind-Verhältnis entstanden ist. Diese Tatsache läßt prinzipiell keinen Raum für eine Aufhebung". Zu dem Tatbestand, daß eine Bindung des adoptierenden Elternteils an das Kind nicht mehr vorhanden sein sollte, fährt das Buch - gleichfalls richtig und gleichbedeutend mit dem im Text Gesagten - weiter: "Es ist zu beachten, daß sich das Eltern-Kind-Verhältnis nicht nur als Bindung des Elternteils an das Kind darstellt. Vielmehr ist es aus pädagogisch-psychologischer Sicht überaus bedeutsam zu wissen, ob das Kind seine Bindung und seine Erinnerung an den Annehmenden, der ihm oft über viele und für seine Entwicklung bedeutsame Jahre Mutter oder Vater war, noch im Sinne eines echten Eltern-Kind-Verhältnisses erlebt."

besitzt nur einen beschränkten Wirkungskreis: Bei älteren Kindern soll es immer beachtlich sein, wenn sie einen Umgang mit dem umgangsberechtigten Elternteil ablehnen. Im Umkehrschluß heißt das aber nur, daß der Wille jüngerer Kinder nicht immer zu berücksichtigen sein wird, nicht hingegen, daß er generell unbeachtlich sein soll. Der Richter kann lediglich die Einstellung jüngerer Kinder frei würdigen, während er an den Willen älterer Kinder streng gebunden ist.

Auch die zu erwartende Änderung der Norm wird mithin belegen, daß beim Umgangsrecht prinzipiell von einer gegenseitigen Bindung von Elternteil und Kind auszugehen ist. Auf der anderen Seite allerdings - dieser Einwand liegt nahe - ist das Umgangsrecht ein Elternrecht, dem kein Recht des Kindes entspricht. Das heißt aber nicht, daß das Umgangsrecht nur vom Elternteil aus betrachtet werden könnte. Auch das Umgangsrecht beruht auf der Vorstellung einer zweiseitigen Bindung, mag es auch allein in der Hand des Elternteils liegen, die entstandene Beziehung weiter zu pflegen. Wenn nur der Elternteil ein Umgangsrecht besitzt und nicht auch das Kind, bedeutet das nur, daß allein der Elternteil rechtlich den Anstoß zum persönlichen Umgang geben kann: Der Inhalt des Umgangsrechts, der die gegenseitige Bindung voraussetzt, bleibt davon unberührt.

b. Die Bindung des Kindes an die Eltern und der zugrunde liegende Sachverhalt

Mit der Feststellung, daß das Umgangsrecht - von der Idee her gesehen - auf die gegenseitige menschliche Bindung abstellt, gewinnen wir Zugang zu einer Frage, die ansonsten in Gefahr steht, übersehen zu werden. Denn während es naheliegt, das Problem zu behandeln, auf welchem Tatbestand die Zuneigung des Elternteils zum Kind beruht, wird die Frage leicht übersehen, aus welchem Sachverhalt sich die Bindung des Kindes an den Elternteil ergibt. So stellt zwar Gernhuber fest, daß die Liebe des Elternteils zum Kind aus den Blutsbanden folgen kann, die Frage hingegen, woher die Bindung des Kindes rührt, wird von ihm - wie auch von anderen - nicht angesprochen. Auch hier wurde diese Frage bisher nicht behandelt. Das soll nun nachgeholt werden. Wir fragen also, auf

welche Art und Weise die Bindung des Kindes an seine Eltern entsteht. Finden wir beim Kind vielleicht eine Entsprechung zum leiblich-seelischen Hingezogenfühlen der Mutter zum Kind? Wirkt im Kind die auch von ernsthaften Forschern früher zitierte "Stimme des Blutes"? Oder ist im Kind von Natur aus ein instinktives Gefühl der Zugehörigkeit zumindest zur "leiblichen" Mutter vorhanden, die die Vorstellung rechtfertigt, daß diese durch nichts zu ersetzen sei, "auch nicht hinreichend durch die starke Mütterlichkeit einer anderen Frau"²⁷⁰⁾? Oder fühlen sich Kinder vielleicht sonst auf unerklärliche Weise zu ihren leiblichen Eltern hingezogen? Die Antwort ist einfach: Nach dem heutigen Stand der Wissenschaft sind alle Fragen zu verneinen.

Das neugeborene Kind weiß von der Zeugung und Geburt her nicht, wer seine Eltern sind. Es trägt keine "verhaltensbestimmende Information" in sich, die ihm die leiblichen Eltern weisen könnte, und kann sich daher weder zu diesen hingezogen fühlen noch kann es deshalb andere Personen ablehnen. Die Natur hat damit vorgesorgt, daß die nächste Generation - bei entsprechender Hilfe - überleben kann, wenn die leiblichen Eltern ausfallen²⁷¹⁾.

So entsteht denn auch die Bindung des Kindes an seine Eltern nicht durch die Geburt oder ein anderes körperliches Geschehen. Der Säugling ist vielmehr völlig offen für eine individuelle Bindung an andere Personen. Er muß erst lernen, wer seine Eltern sind. Erst durch diesen Lernvorgang schließt sich das Kind an seine Betreuer an, mögen dies leibliche Eltern, Adoptiveltern oder Pflegeeltern sein. Hier wirkt ein biologisches Gesetz, das bereits Konrad Lorenz bei seinen Tieruntersuchungen erkannt hat. Lorenz konnte nachweisen, daß sich Tierjunge nicht unbedingt an diejenigen Elterntiere anschließen, von denen sie gezeugt und geboren worden sind. Vielmehr betrachten sie dasjenige Lebewesen als Elterntier, das sie aufgezogen hat und das ihnen konkret

270) Michel, Ehe. Eine Anthropologie..., S. 173. Ebenso Horstmann, Zum Problem der personenrechtl. Beziehungen, S. 80. Daß die zitierte Aussage falsch ist, ist durch praktische Erfahrungen und die Erkenntnisse der Naturwissenschaften erwiesen (vgl. Hassenstein, Verhaltensbiologie, S. 383 und bereits Metzger, in: Familie im Umbruch, S. 186).

271) Siehe Metzger, ZBlJugR 1972, 42.

"elterlich" gegenübergetreten ist. Das Elterntier kann dabei einer völlig anderen Tierart entstammen oder auch ein Mensch sein. In den bekannten Lorenzschen Experimenten prägten etwa geschlüpfte Graugänse den Tierpsychologen zum Elternkumpen, der die Brutpflege übernommen hatte. Er wurde in der gleichen Weise wie eine Graugansmutter als Elternteil akzeptiert.

Die Prägebereitschaft der Graugansjungen bestand allerdings nur eine gewisse Zeit. Verstrich diese ungenutzt, so trat später eine Prägung nicht mehr ein. War das Tier aber einmal geprägt, so war die Prägung nicht rückgängig zu machen: Die auf den Verhaltensforscher geprägten Graugänse verhielten sich zu diesem das ganze Leben hindurch wie zu einem elterlichen Artgenossen²⁷²⁾.

Auf vergleichbare Art und Weise bindet sich der Menschensäugling an seine Eltern²⁷³⁾. So werden auch die leiblichen Eltern nicht durch Zeugung und Geburt zu Eltern für ihr Kind, sondern dadurch, daß sie diesem im ersten und zweiten Lebensjahr konkret elterlich begegnen. Verstreicht diese Zeit, so ist auch beim Menschenkind nicht mehr gewährleistet, daß es sich an irgend jemanden anschließen kann. Die Prägungszeit ist auch hier vorüber.

Die Zuneigung des Kindes zum Elternteil muß daher durch beständige elterliche Zuwendung und Sorge erworben werden, weil das Kind

272) Vgl. hierzu die Nachweise bei U. Lange, RdJB 1971, 270.

273) Allerdings bestehen auch Unterschiede hinsichtlich der Prägung bei Graugänsen bzw. bei Vögeln allgemein und bei Säugtieren bzw. beim Menschen, worauf A. Dührssen, Psychogene Erkrankungen bei Kindern und Jugendlichen, S. 197 hinweist: Die Zeitspanne der Prägung ist bei Vögeln ganz außergewöhnlich kurz - teilweise nur einige Minuten - und die Prägung ist irreversibel. Beides ist beim Menschen nicht der Fall. Doch ist der Grundvorgang der Bindung bei Säugetieren, wie auch A. Dührssen, a.a.O. S. 198, feststellt, ähnlich: nur "müssen beim höher entwickelten Tier Erlebniskoppelungen wesentlich häufiger angeboten werden, um wirksam in den Gedächtnisbesitz einzugehen." So dauert die sensible Phase für eine Elternbindung bei einem Affenjungen etwa vom 1.-3. Lebensmonat, während beim Menschenkind etwa von der Zeit zwischen dem 3. und 12. (oder 18.) Lebensmonat auszugehen ist. Eine stabile Prägung scheint nach dieser Zeit nicht mehr möglich zu sein: "Hat das Kind in dieser Zeit nicht zu lieben gelernt, so wird es niemals lieben können" (Schmalohr, Frühe Mutterentbehrung, S. 151).

sich erst dadurch an seine Eltern bindet. Vom Kind aus gesehen ist dabei gleichgültig, ob dies die leiblichen Eltern sind oder nicht: es bindet sich genauso innig und genauso leicht an nicht-leibliche Eltern. Wenn sich die Bindung einmal vollzogen hat, ist dieses Eltern-Kind-Verhältnis genauso natürlich und vollwertig wie das Verhältnis zwischen leiblichen Eltern und ihren Kindern²⁷⁴⁾. So sieht denn auch die moderne Biologie "in der Elternbindung nicht in erster Linie die Blutsverwandtschaft, sondern die seelisch-geistige Bindung"²⁷⁵⁾.

Dabei wird die seelisch-geistige Bindung nicht durch Pflege und Erziehung "an sich" herbeigeführt. Das Kind muß von einer bestimmten konstanten Bezugsperson betreut werden. Nur an diese kann es sich anschließen. Kinder in Massenflege, die von ständig wechselndem Pflegepersonal versorgt werden, das oft - bei allem guten Willen - nicht in der Lage ist, sich dem einzelnen Kind genügend zu widmen, können den individuellen Kontakt zu einem bestimmten Menschen nicht aufnehmen: hier kann keine Eltern-Kind-Bindung entstehen. Das hat, obwohl, wie gesagt, die Kinder ordentlich und hygienisch einwandfrei versorgt werden, die durch die Hospitalismus-Diskussion der letzten Jahre bekanntgewordenen erschreckenden Folgen. Die Kinder bleiben in ihrer körperlichen und geistigen Entwicklung zurück, sie bilden kein Gewissen aus, entfalten keinen Leistungswillen, bleiben kontaktgestört, sind auch später unfähig, jemanden zu lieben u.a.m. (Deprivations-

274) Hassenstein, Verhaltensbiologie, S. 380.

275) Hassenstein, ZVW 1974, 15.

syndrom)²⁷⁶⁾. Deshalb benötigt das Kleinkind "spätestens von der Mitte des ersten Lebensjahres an die nicht mehr nur funktionelle, sondern individuelle Verbundenheit mit einem von ihm geliebten - und daher für es grundsätzlich nicht ersetzbaren, nicht auswechselbaren erwachsenen Menschen..."²⁷⁷⁾.

Das äußere Zeichen dafür, daß das Kind diese individuelle Bindung (zur Hauptpflegeperson) eingegangen ist, ist seine Trennungsempfindlichkeit. Bemerkbar ist diese teilweise schon bei Säuglingen vom dritten Lebensmonat an, sicher nachweisbar wird sie in jedem Fall beim halbjährigen Kind. Bis ins zweite und dritte Lebensjahr hinein wird sie immer auffallender, bleibt dann zunächst konstant und nimmt in der Folge nur langsam wieder ab. Aber erst zur Zeit der Geschlechtsreife des Jugendlichen schwindet sie fast vollständig und schlägt oft sogar in einen ausgesprochenen "Drang nach draußen" um.

Die innigen, mit der Liebe unter erwachsenen Menschen vergleichbaren Gefühle des Vertrauens und der Geborgenheit verbinden das Kind zunächst mit der Mutter. Sollte die Mutter aus irgendeinem Grunde für die Betreuung des Kindes ausfallen und der Vater sich diesem als Hauptbetreuungsperson annehmen, so bindet sich das

276) Vgl. etwa die Nachweise bei Lange, RdJB 1971, 268 f.; Schmalohr, Frühe Mutterentbehrung, S. 42 f. Siehe jedoch auch U. Lehr, ZBlJugR 1975, 413 (416), die die Auffassung vertritt, es seien "einseitig psychoanalytisch orientierte "Fachleute" ", die die Retardationserscheinungen bei Heimkindern auf die fehlende Nestwärme und die fehlende mütterliche Zuwendung zurückführen. U. Lehr verweist auf andere Untersuchungen: "In keiner dieser Studien zeigt sich die zwingende Evidenz, daß negative Auswirkungen der Institutionalisierung Folgen fehlender mütterlicher liebevoller Zuwendung sind. Nahezu alle Forschungsberichte kommen übereinstimmend zu der Überzeugung, daß im Fehlen sensorischer Stimulation der eigentlich schädigende Einfluß des Heimaufenthaltes gesehen werden muß. ...Es ist (durchaus) möglich, auch das Pflegepersonal in Heimen durch entsprechende Anleitung und Schulung zu einem solchen für das Kind optimalen Verhalten zu bringen." Inwieweit diese Auffassung zutrifft, kann hier nicht beurteilt werden. Unrichtig ist jedoch, die hier angeführten Resultate als Ergebnisse eingeschränkter Forschungshaltung zu betrachten: gegenüber den Vertretern der Verhaltensforschung ist der Vorwurf unberechtigt.

277) Metzger, ZBlJugR 1972, 40. Siehe auch Arndt-Schweitzer, ZBlJugR 1974, 210; Hassenstein, ZVW 1974, 15.

Kind in genau derselben Stärke an ihn wie sonst an die Mutter²⁷⁸⁾. Aber auch in der normalen Familie wird der Vater bald in den emotionalen Umkreis des Kindes einbezogen, wenn er sich um das Kind genügend kümmert. Das ist heute der Regelfall. Es ist durch vielfältige Beobachtung erhärtet, daß sich in der heutigen partnerschaftlichen Familie "eine frühe emotionale Beziehung des Vaters zum Kind zeigt"²⁷⁹⁾ und in Entsprechung dazu eine des Kindes zum Vater.

5. Die Bedeutung der genetischen Elternschaft für das Kind

Die geschilderten Naturgesetze gelten - wie gesagt - unabhängig davon, ob es sich um die leiblichen oder nichtleiblichen Eltern des Kindes handelt. Die Bindung des Kindes an seine Eltern - und die diese Bindung belegende Trennungsempfindlichkeit - beruht nicht auf einem "Gefühl der Blutsverwandtschaft". Das trifft auf die Kinder im Kleinkind- und Grundschulalter ausnahmslos zu.

Allerdings sind auch bei Kindern dieses Alters typische, immer wiederkehrende Fälle bekannt, aus denen sich ein besonderes Anliegen der Kinder daran zu zeigen scheint, daß die Eltern auch die "leiblichen" Eltern sind.

a. Die genetische Elternschaft aus der Sicht des jüngeren Kindes

Regelmäßig im frühen Grundschulalter fragen Kinder, die in unvollständigen Familien aufwachsen, nach dem abwesenden Vater. Eine Hinwendung zum blutmäßigen Elternteil verbindet sich hiermit anerkanntermaßen jedoch nicht²⁸⁰⁾. Diese Kinder vergleichen nur ihre Situation mit derjenigen, die sie bei anderen Kindern antreffen. Andere Kinder haben einen Vater, sie selbst nicht. Dieser Mangel veranlaßt zum Fragen. Die Fragen bleiben aus, wenn ein Stiefvater Vaterstelle eingenommen hat: hier hat das Kind das Gefühl, daß es in seiner Familie so aussieht wie anderswo.

278) Biermann, Zeitwende 1974, 301.

279) Horstmann, Zum Problem der personenrechtl. Beziehungen, S. 75.

280) Siehe Gernhuber, FamRZ 1973, 237.

Fast alle Kinder des eben genannten Alters (5 bis 8 Jahre), also auch solche, die in einer vollständigen Familie aufwachsen, stellen gezielte Fragen danach, "woher sie kommen". Auch hierin äußert sich kein im Menschen verankertes Interesse an seinen leiblichen Eltern. Die Kinder fragen i.d.R. nicht nach dem Vater, sondern nur nach der Mutter, in deren Leib sie herangewachsen sein sollen. In diesem speziellen Interesse an der Mutter äußert sich aber meist nur die sexuelle Neugierde, die in diesem Alter erwacht. Die Kinder möchten die Zusammenhänge bei der Geburt erfahren. Die Mutter selbst ist dabei weniger interessant. Nach Berichten zu urteilen, nehmen daher die Kinder auch die Eröffnung, sie seien von einer anderen Mutter geboren, gleichmütig hin, wenn zur Pflegemutter eine befriedigende Beziehung besteht²⁸¹⁾. Kinder streben mit dieser Frage also nicht ihren leiblichen Eltern entgegen. Gegenüber dem "aufregenden Geschehen" bei der Geburt ist der leibliche Elternteil für das Kind nur Nebensache.

Wir dürfen also feststellen, daß weder die Fragen jüngerer Kinder nach dem abwesenden Vater noch diejenigen nach der leiblichen Mutter etwas mit einer Bindung der Kinder an ihre leiblichen Eltern zu tun haben.

b. Die genetische Elternschaft aus der Sicht des Jugendlichen

Anders kann es hingegen bei Heranwachsenden aussehen. In dieser Hinsicht bedeutsam könnte ein oft feststellbares Verhalten Jugendlicher sein, die in einer Ersatzfamilie aufwachsen. Diese beginnen in der Pubertät, auch wenn sie in ihrer Familie verwurzelt sind, plötzlich ein starkes Interesse an ihren leiblichen Eltern zu zeigen und bitten oft darum, ihnen die Möglichkeit zu geben, mit diesen zusammenzukommen. Auch das ist ein unmythologisches Geschehen. Die Jugendlichen befinden sich in einem Alter, in dem sie sich typischerweise von ihren realen Eltern zu distanzieren beginnen. In ihrer vorübergehenden Unsicherheit denken sie sich nun bessere, ideale Eltern aus. Hier bieten sich die bisher unbekannt gebliebenen leiblichen Eltern als geeignete Beziehungsobjekte an²⁸²⁾.

281) Vgl. Lempp, ZBlJugR 1974, 130.

282) Lempp, a.a.O.

Auch anders noch könnte man den Sachverhalt der "Elternsuche" deuten. Es ist auch hier davon auszugehen, daß sich der Jugendliche aus dem Abhängigkeitsverhältnis zu den Eltern löst. Er beginnt, sich als eigene Persönlichkeit zu entdecken und sucht die Antwort auf die Frage: "Wer bin ich eigentlich?" zu erhalten. Die Antwort bleibt aber unvollständig, wenn die eigene Abstammung nicht bekannt ist²⁸³⁾. Die Situation ist leicht nachfühlbar: Der unbekannte Vater und die unbekannte Mutter können mit Gaben versehen sein, die auch in ihm, dem Nachkommen, schlummern. Hier könnte sich eine Quelle ungeahnter Kraft verbergen.

Wahrscheinlich sind beide Deutungen zutreffend. Beide erklären zumindest, warum das Interesse der meisten Jugendlichen schwindet, wenn sie ihre leiblichen Eltern einmal kennengelernt haben. Dann bereits sind diese Eltern entidealisiert (1. Alternative), und auch dann weiß der Jugendliche bereits, wo er herkommt (2. Alternative). Eine originäre Quelle der Bindung bedeutet dem Jugendlichen die genetische Beziehung also selbst in dieser außergewöhnlichen Situation i.d.R. nicht²⁸⁴⁾. Zumindest sehen die meisten weiterhin die Eltern, bei denen sie aufgewachsen sind, als ihre "wirklichen" Eltern an.

6. Folgerungen aus der Bindung des Kindes an die Eltern

Das Wissen um den Sachverhalt, aus dem die Bindung des Kindes an seine Eltern folgt, ermöglicht es, das Gesetz besser, weil noch aus einem anderen Blickwinkel, zu verstehen. Im Gesetz kommt die geschilderte Tatsache über die Eltern-Kind-Bindung nämlich auch zum Ausdruck: zwar noch nicht als wissenschaftliche Erkenntnis, wohl aber bereits als vorwissenschaftliche Erfahrung. Denn nach dem Gesetz ist die Person umgangsberechtigt, an die sich a) das Kind typischerweise am engsten gebunden hat und bei welcher b) typischerweise die engste Bindung an das Kind vorausgesetzt werden kann, wenn man vom sorgeberechtigten Elternteil absieht.

283) So U. Lange, RdJB 1971, 271; ähnlich auch Gernhuber, FamRZ 1973, 237.

284) Freilich ist nicht zu bestreiten, daß das Bewußtsein der Abstammung bei Kindern und Jugendlichen eine vorhandene Beziehung zu den Eltern vertiefen und ein zusätzliches Moment der Bindung darstellen kann.

Zwar ist vielleicht ein Versäumnis des Gesetzes darin zu sehen, daß es auf die typische Sachlage abstellt und nicht auf die Situation im Einzelfall. Doch immerhin sind für die vom Gesetz begünstigte typisierte Lösung Gesichtspunkte der Rechtssicherheit anzuführen: Die umgangsberechtigten Personen stehen von Gesetzes wegen fest und müssen nicht erst von Gerichten mit all den zu befürchtenden Unsicherheiten bestimmt werden.

a. Die Person ist umgangsberechtigt, an die sich das Kind typischerweise am engsten gebunden hat

Weil das Gesetz davon ausgeht, daß die innere Bindung von Eltern-
teil und Kind konstitutiv für das Umgangsrecht ist, und weil die
innere Verbundenheit des Kindes mit dem Elternteil im allgemeinen
durch Betreuung und Zusammenleben vermittelt wird²⁸⁵⁾, gewährt
das Gesetz das Umgangsrecht den Personen, an die sich das Kind
- nächst dem sorgeberechtigten Elternteil - am engsten gebunden
hat²⁸⁶⁾. Da die Idee des Umgangsrechts prinzipiell eine gegen-
seitige Bindung voraussetzt - sonst wäre das Kind nur Objekt -,
liegt dem Umgangsrecht zwar nicht nur, aber doch auch der Ge-
sichtspunkt der Bindung des Kindes an den Elternteil zugrunde.

b. Die Person ist umgangsberechtigt, die sich an das Kind typischerweise am engsten gebunden hat

Weil es der Idee des Umgangsrechts nach auf die gegenseitige Bin-
dung ankommt, erfolgt die Zuordnung von Elternteil und Kind aber
in gleicher Weise aus dem Gesichtspunkt der Bindung des Eltern-
teils an das Kind. Das Gesetz fragt nach der Person, bei welcher
- nächst dem erziehungsberechtigten Elternteil - die engste Bin-
dung an das Kind vorausgesetzt werden kann. Es unterstellt, daß
dies der Elternteil ist, der das Kind zusammen mit dem jetzt sorge-

285) Anderes gilt dort, wo dem Kind eine Person als Elternteil vom
Betreuenden liebend vermittelt wird, so wenn etwa der abwe-
sende Vater dem Kind über die Mutter nahegebracht wird.

286) Bezogen auf die intakte Familie ist die Annahme des Gesetzes
im allgemeinen richtig. Die entscheidende Frage ist aber,
ob die Annahme auch für die zerstrittene Familie gilt. Hier
wird die Wirklichkeit oft nicht mit dem idealen Muster, das
dem Gesetz vor Augen steht, übereinstimmen.

berechtigten Elternteil persönlich betreut und mit ihm zusammengelebt hat. Hier wirken im einzelnen mehrere Vorstellungen. Zunächst ist dem Gesetz schon die Tatsache, daß der Elternteil das Kind mitbetreut hat, ein Zeichen der inneren Bindung. Dies zu Recht! Die faktische Übernahme der Elternverantwortung signalisiert in der Tat bei typischer Sicht eine innere Zuwendung zum Kind. Dabei hat man davon auszugehen, daß ein Gesetz, das auf alle Schichten, Menschentypen und Charaktere zugeschnitten ist, besondere Anforderungen an die Tiefe der Gefühle ohnehin nicht stellen kann. Ein Staat, der die Privatsphäre der Bürger respektieren und die Familie nicht antasten will, kann auch nicht nach konkreteren Zeichen suchen²⁸⁷⁾, zumal die innere Einstellung des Elternteils zum Kind ohnehin nicht wirklich zu prüfen ist. Daher hält sich das Gesetz an ein äußerliches Merkmal, das bei typischer Sicht für die innere Bindung des Elternteils an das Kind spricht. Da das Gesetz vom Ganzen des Lebens auszugehen versucht, ist in bezug auf den Elternteil - vielleicht auch in bezug auf das ältere Kind - mitberücksichtigt, daß das Bewußtsein der Blutsgemeinschaft i.d.R. als zusätzliches bindungsbegünstigendes Element vorhanden ist.

Die letzten Worte können aber die Feststellung nicht relativieren, daß dem Gesetz primär entscheidend ist, daß der Elternteil das Kind in der Vergangenheit mitaufgezogen hat. Danach, worauf die faktische Übernahme der elterlichen Sorge beruhte, fragt das Gesetz nach der Scheidung der Elternehe, wenn sich das Umgangsrecht aktualisiert, nicht mehr. Ob dem Elternteil zur Übernahme der Betreuung das Motiv der Blutsverwandtschaft maßgebend war oder ein anderes, ist gleichgültig, wenngleich der Gesetzgeber natürlich weiß, daß sich die meisten Eltern aus Gründen, die in irgendeiner Weise mit der Blutsverwandtschaft zusammenhängen, ihren Kindern zuwenden. Zweifellos ist es für Eltern ein starkes Motiv, zu wissen, daß ihre Kinder von ihnen abstammen, die gleichen Erb-

287) Mit Hilfe von tiefenpsychologischen Tests wäre dies allerdings möglich. Bei der Personalauslese in der Wirtschaft werden entsprechende Tests auch schon angewendet (z.B. der MMPI-Test). Wenn diese Beispiele Schule machen, d.h. auf andere Lebensbereiche übergreifen, ist Orwells "1984" nicht mehr weit. Die Bedrohungen der menschlichen Freiheit kommen heute weniger vom Staat, denn von mächtigen gesellschaftlichen Gruppen.

anlagen besitzen und in gewisser Weise eine Fortsetzung des eigenen Lebens bedeuten. Für die Zuweisung der elterlichen Sorge bei der Geburt des Kindes ist diese bei den Eltern vorausgesetzte Motivation auch von wesentlicher Bedeutung. Hat jedoch der Elternteil das Kind betreut, und ist damit 1. die Bindung des Elternteils an das Kind dokumentiert und 2. die gegenseitige Bindung von Elternteil und Kind wahrscheinlich, so ist gleichgültig, auf welchem Motiv die Übernahme der elterlichen Sorge auf seiten des Elternteils beruhte. Dann ist für das Gesetz die Blutsverwandtschaft nur ein Motiv, wenngleich das in der Hauptsache anzutreffende, neben anderen, die sonst zur Zuweisung des Elternteils und zur Übernahme der elterlichen Sorge geführt haben können. Um konkret zu sprechen: Ob die leiblichen Eltern ihr Kind betreut haben, weil sie es gezeugt und geboren haben oder aus anderen Gründen (etwa aus sozialem Zwang), ob die Adoptiveltern ein Kind angenommen haben, um dem eigenen Leben Inhalt zu verleihen, um elterliche Gefühle nicht brach liegen zu lassen oder um heimatlosen Kindern ein Zuhause zu geben, interessiert die Rechtsordnung dann, wenn das Umgangsrecht entsteht - also zum Zeitpunkt der Scheidung der Elternehe - nicht mehr. Deshalb ist das Umgangsrecht des Adoptivelternteils identisch mit dem eines leiblichen Elternteils. Und aus welchen Gründen der Scheinvater die Ehelichkeitsanfechtung unterlassen hat: ob er etwa seiner Frau verziehen hat und dem Kind ein gesichertes Aufwachsen ermöglichen will, ob er erst nach der Geburt vom Ehebruch seiner Frau erfahren hat, als ihm das Kind schon ans Herz gewachsen war oder ob er nur den Familienfrieden nicht stören will, ist bedeutungslos. Dem Gesetz genügt als Zeichen der Bindung, daß der Scheinvater die Ehelichkeit des Kindes nicht angefochten und damit gezeigt hat, daß er in der Elternstellung bleiben will. Und schließlich hält es die Rechtsordnung auch nicht für wesentlich - ob zu Recht oder zu Unrecht sei hier dahingestellt weshalb der nichteheliche Vater eigentlich das Kind nicht versorgt hat. Ob es ihm "anzulasten" ist, ob es ihm objektiv nicht möglich war, ohne dem Kind zu schaden oder ob er - lediglich wegen des Widerspruchs der Mutter - nicht zum Zuge kommen konnte (siehe § 1727): Im Rahmen des § 1634 scheint der Rechtsordnung nur die persönliche Betreuung Anhalt für die innere Bindung des Vaters an sein Kind zu sein und nur dort, wo diese typischerweise vor-

handen ist, gibt sie ein Umgangsrecht. Besonders im Falle des nichtehelichen Vaters ist das typisierte Abstellen auf die Betreuung nicht unbedenklich, weil dadurch die Mutter als sorgeberechtigter Elternteil weiter begünstigt wird, die einmal das Glück hatte (bei der gesetzlichen Zuweisung der elterlichen Sorge), "begünstigt" zu werden. Wenn sich der Vater aber mit der Mutter verheiratet hat, nimmt das Gesetz - in der Typik zu Recht - an, daß damit eine Betreuungsgemeinschaft entstanden ist, in deren Rahmen auch der Vater für das Kind sorgte und ihm konkret elterlich begegnete: Dem Gesetz ist die innere Bindung hieran ersichtlich und der nichteheliche Vater wird behandelt wie der (von vornherein) eheliche Vater. Das Motiv, das den Vater bewogen hat, sich zu verheiraten und damit dem Kind sozial ein Vater zu werden, interessiert das Gesetz in Anbetracht der Wahrnehmung der Elternaufgabe nicht: Letzteres ist ihm Zeichen genug für die innere Bindung des Vaters an das Kind.

c. Berücksichtigung der maßgeblichen Bedeutung der persönlichen Betreuung für die Bindung des Elternteils an das Kind

Wenn das Gesetz in der persönlichen Betreuung ein Zeichen der inneren Bindung des Elternteils an das Kind sieht, berücksichtigt es auch die maßgebende Bedeutung, die die faktische Betreuung für die Bindung des Elternteils besitzt. Das Gesetz geht von der Erfahrungstatsache aus, daß auch dort, wo die innere Zuwendung des Elternteils schon bei der Geburt des Kindes vorhanden ist, sie doch durch die enge gemeinsame Lebensgemeinschaft vertieft wird, und daß die Bindung bei Eltern, bei denen sie bei der Geburt noch fehlte, durch die enge Gemeinschaft mit dem Kind entstehen kann und entstanden ist. Letzteres gilt besonders für den Vater, den "Inbegriff" des Umgangsberechtigten, dessen Bindung an das Kind, wie angeführt, weniger biologisch bedingt ist als die der Mutter. Daß die Bedeutung des gemeinsamen Lebens für die Vater-Kind-Beziehung schon in alter Zeit bekannt war, sehen wir an der Fristsetzung des älteren römischen Rechts in bezug auf die Aussetzung nachgeborener Töchter. Auch können wir die anthropologische Erkenntnis (oder ist es nur eine Vermutung?) heranziehen, daß sich in vorgeschichtlicher Zeit regelmäßig Männer zu Frauen gesellten, unabhängig davon, ob deren Kinder von ihnen

oder einem anderen Mann gezeugt waren²⁸⁸⁾. Auch bei heutigen Völkern in den unterentwickelten Gebieten der Erde, die den Zusammenhang zwischen Geschlechtsverkehr und Zeugung eines Kindes nicht kennen, müssen wir dies annehmen. Hier kann die oft bestehende Bindung des Mannes an das Kind der Frau nur aus der Lebensgemeinschaft resultieren. So erscheint auch die Auffassung mancher Autoren plausibel, die meinen, daß die innere Haltung, die der Erzeuger dem selbsterzeugten Kind gegenüber entwickeln kann, sich von der dem fremderzeugten Kind gegenüber nur unwesentlich unterscheidet²⁸⁹⁾. Freilich gilt das nicht in allen Fällen.

Die sich erst in der Lebensgemeinschaft entwickelnde oder vertiefende Zuneigung des Elternteils zum Kind ist auch biologisch erklärlich: Die Hinwendung des Erwachsenen zum Kind wird in zumindest gleicher Stärke erst von letzterem "herausgefordert", wie die Bereitschaft dazu bei Eltern aufgrund der Blutsbeziehung, des Fürsorgeverlangens oder anderer Motive von vornherein vorhanden sein mag. Hierzu trägt schon das "niedliche Aussehen" des Kindes bei, das den Erwachsenen "anlockt" und in ihm angeborene Verhaltensweisen wachruft (Kindchen-Schema)²⁹⁰⁾.

Dem Gesetzgeber ist somit bewußt, daß auch für die Einstellung des Elternteils das Zusammenleben mit dem Kind, das Sehen und Erleben des Kindes, eine für die Bindung wesentliche Funktion erfüllt. Wir dürfen weiter unterstellen, daß dem Gesetz der oft desolate Zustand, der im Hinblick auf die Bindung besteht, wenn die Lebensgemeinschaft fehlt, bekannt ist. Das Gesetz kennt das gleichgültige Verhalten vieler nichtehelicher Väter, das gleichgültige Verhalten nicht weniger ehelicher Väter, die durch die

288) Vgl. Fox, in: Hat die Familie noch eine Zukunft, S. 11 f. zu den verschiedenen Modellen der menschlichen Gesellschaft, die "Mutter-Kind-Beziehung...unsere einzige Gegebenheit" (S. 20) zu schützen. Auch die dort geschilderten Verhaltensformen in bezug auf Ehe und Familie halten sich innerhalb der genetisch fixierten Bandbreite der Reaktionsweisen des Menschen. Wenn die Verhältnisse heute anders liegen, so ist das auf kulturelle Einflüsse zurückzuführen. Siehe hierzu näher Mohr, Zeitwende 1974, 82.

289) Siehe Giese, Radius 1963, 15; Grasnack, NJW 1966, 1197.

290) Siehe hierzu näher Mitscherlich, Auf dem Weg zur vaterlosen Gesellschaft, S. 134.

Auflösung der Ehegemeinschaft vom Kind getrennt wurden, sowie das gleichgültige Verhalten vieler Mütter, denen ihr Kind im Heim aus den Augen gekommen ist.

7. Zusammenfassung und Erläuterung des Tatbestands der Sorgerechtsverteilung

Wir können damit zusammenfassend feststellen: Die seelische Bindung zwischen Elternteil und Kind ist das konstitutive Element des Umgangsrechts. Sie, und nicht die Blutsverwandtschaft, ist nach den Erkenntnissen der Biologie, der Psychologie und - wie ausführlich im 7. Kapitel gezeigt werden soll - der Soziologie der tragende Bestandteil der Eltern-Kindes-Beziehung²⁹¹⁾. Die Bindung des Kindes an den Elternteil kann im allgemeinen nur durch persönliche Betreuung zustande kommen. Daher ordnet die Rechtsordnung das Kind der Person zu, an die es sich typischerweise gebunden hat. Im Hinblick auf den zugeordneten Elternteil sieht die Rechtsordnung das wesentliche Kennzeichen seiner inneren Bindung zum Kind darin, daß die persönliche Pflege übernommen wurde. Darüber hinaus stellt die Rechtsordnung noch die psychologische Funktion der Betreuung für die Bindung in Rechnung und geht davon aus, daß sich die Bindung des Elternteils an das Kind durch das Zusammenleben wesentlich verstärkt, wenn sie nicht gar erst dadurch erfolgt. Damit leugnet der Gesetzgeber nicht, daß die Bindung des Elternteils an das Kind auch aus den Blutsbanden herrühren kann. Diese Tatsache ist ihm jedoch nach der Betreuungsübernahme durch den Elternteil nicht mehr wesentlich.

Jetzt sehen wir übrigens noch unter einem anderen Aspekt, wie wenig entscheidend die Feststellung Gernhubers in bezug auf das Umgangsrecht ist, daß sich eine Bindung des Elternteils an das Kind aus der Blutsbeziehung ergeben kann²⁹²⁾. Das ist zwar nicht zu bestreiten und hat - wie gesagt - für die Zuweisung des elterlichen Sorgerechts die größte Bedeutung. Gernhuber hätte aber darlegen müssen, daß das Gesetz beim Umgangsrecht auf die Blutsbeziehung abstellt. Das hat er nicht getan und kann es - wie diese

291) Vgl. Hassenstein, ZVW 1974, 15.

292) Gernhuber, FamRZ 1973, 242.

Ausführungen belegen sollten - wohl auch nicht zeigen: spricht doch die typischerweise ausgeübte elterliche Sorge viel sicherer für eine innere Bindung als die Blutsverwandtschaft. Warum sollte der Gesetzgeber also auf die Blutsverwandtschaft zurückgreifen?

Abschließend dürfen wir danach sagen: Das Gesetz wertet den Lebenssachverhalt, der dem Umgangsrecht zugrunde liegt, nicht in der Weise, wie es die herrschende Auffassung annimmt. Die Vorstellungen des Gesetzes könnten vielmehr so gedeutet werden: Die nunmehr auseinanderstrebenden Elternteile haben in der bisherigen Familie eine komplementäre Rolle erfüllt. Jeder Elternteil hat gemäß seiner Aufgabe für das Kind gesorgt. Beide Elternteile sind dadurch mit ihm aufs engste verbunden. Bei der notwendigen Neuverteilung der Elternfunktionen erhält der Elternteil, der dem Kind am nächsten steht und am ehesten in der Lage ist, beide Elternrollen auszufüllen, die elterliche Sorge²⁹³⁾. Dem anderen Elternteil verbleibt ein Umgangsrecht, weil auch er in der Vergangenheit Fürsorgeaufgaben wahrgenommen hat und mit dem Kinde persönlich verbunden ist.

Erst aus dieser Sicht erschließt sich die ganze Lösung, mit der das Gesetz dem nach Scheidung der elterlichen Ehe entstandenen Sachverhalt zu begegnen sucht. Die herrschende Meinung kann zwar erklären, weshalb dem Elternteil, der die elterliche Sorge nicht erhält, ein Umgangsrecht verbleibt. Warum gerade er das Umgangsrecht erhält und nicht der andere Elternteil, ist jedoch von ihrem Standpunkt aus nicht zu sagen, da die Blutsbeziehung des Kindes zu beiden Elternteilen in gleicher Weise besteht.

V. Das Umgangsrecht im Anschluß an den Sorgerechtsverlust der Eltern nach den §§ 1666, 1676, 1674, 1738

Nunmehr ist noch auf die Fälle des Umgangsrechts einzugehen, in denen die Eltern das Sorgerecht nach den §§ 1666, 1676, 1674, 1738 verloren haben. Diese Fälle beruhen nicht völlig auf den geschilderten Gedanken, die wesentlich den Hauptfall des Umgangsrechts

293) Siehe § 1671 Abs. 3 i.d.F. des 1. EheRG. Zur Kritik am vorher bestehenden Vorrang des schuldlosen Ehegatten vgl. Gernhuber, Lehrbuch, § 56 V 1 m. weit. Nachw.

nach Trennung oder Scheidung der Eltern nachzeichnen. Doch werden wir sehen, daß uns die Erkenntnis von der konstitutiven Bedeutung der inneren Bindung von Elternteil und Kind auch hier weiterhilft. Denn auch in diesen Fällen kann eine innere Bindung von Elternteil und Kind bestehen, so daß ein Umgangsrecht prinzipiell bejaht werden kann (und vom Gesetzgeber auch bejaht worden ist). Freilich ist dem Gesetzgeber bewußt gewesen, daß es in diesen Fällen nicht selten erforderlich sein wird, das Umgangsrecht über § 1634 Abs. 2 S. 2 im Einzelfall auszuschließen. Doch nun zu den einzelnen Tatbeständen:

Von der angenommenen Basis aus ist das Umgangsrecht im Falle des Sorgerechtsverlustes der nichtehelichen Mutter nach § 1738 BGB immer noch zwanglos erklärlich. Dieser Fall entspricht, wenn auch nicht ganz, so doch in gewissem Umfang dem Fall des Sorgerechtsverlustes nach Scheidung der Ehe. Denn die nichteheliche Mutter verliert der gesetzlichen Konzeption nach das Sorgerecht nicht, weil sie ungeeignet zur Erziehung des Kindes ist, sondern deshalb, weil der nichteheliche Vater bessere Voraussetzungen für die Erziehung des Kindes zu bieten scheint als sie (§ 1727)²⁹⁴⁾. Die innere Bindung von Mutter und Kind wird dadurch nicht in Frage gestellt. Denken wir daran, daß auch bei geschiedenen Eltern der nichtsorgeberechtigte Elternteil das Sorgerecht deshalb verliert, weil er nach richterlicher Auffassung zur Erziehung weniger geeignet ist als der andere Teil, ohne daß damit seine innere Verbundenheit mit dem Kind bezweifelt würde oder bezweifelt werden könnte.

Auch in den Fällen des § 1674 kann das Umgangsrecht noch vergleichsweise plausibel begründet werden. Dem Elternteil geht die elter-

294) Deshalb stellt die jetzige Fassung nur noch auf das Wohl des Kindes ab und wägt nicht mehr, wie die frühere, die Interessen des Kindes gegen die der sich weigernden Mutter ab. Freilich ist kaum vorstellbar, daß "schwerwiegende Gründe" zu Gunsten des Vaters sprechen, wenn das Kind bei der Mutter gut aufgehoben ist (Odersky, NEG, § 1727 Anm. 2). Insoweit ist die Zuweisung an den Vater nicht ganz offen. Aus hiesiger Sicht läßt sich dies damit erklären, daß es dem Richter verwehrt sein soll, zu leicht in eine bestehende Bindung einzugreifen. Die entstandene Verbundenheit von Mutter und Kind rangiert über dem Vorteil der möglicherweise besseren äußeren Verhältnisse beim Vater.

liche Sorge nicht aus Gründen verloren, die in seiner Einstellung zum Kind liegen. Aus seiner krankheitsfreien Zeit kann der Elternteil eine Beziehung zum Kind besitzen und auch dieses kann an ihn gebunden sein. Wenn noch ein Minimum an geistiger Gemeinsamkeit besteht, ist ein persönlicher Umgang immerhin möglich.

Näherer Erhellung bedürftig sind allerdings die Fälle des Umgangsrechts bei einem Sorgerechtsverlust des Elternteils nach den §§ 1666, 1676.

Im Falle des Sorgerechtsverlustes nach § 1676 kann man - will man den Begriff der persönlichen Bindung nicht pervertieren - nicht generell von ihrem Bestand ausgehen. In manchen Fällen mag diese zwar (oft in einer Fehlgestalt) vorhanden sein, in den Fällen etwa schwerer Kindesmißhandlung, die nicht wesentlich aus sozialen Umständen erklärt werden kann, ist sie mit relativer Gewißheit zu verneinen. Doch ist bemerkenswert, daß umgekehrt eine Bindung des Kindes an den Elternteil selbst durch grausame Handlungen des letzteren i.d.R. nicht in Frage gestellt wird. Meist wollen sogar Kinder, die von ihren Eltern grob mißhandelt worden sind und deshalb von ihnen getrennt werden mußten, zu diesen zurück²⁹⁵⁾. Von der Kindesseite her besehen könnte das Umgangsrecht vielleicht noch in seinem prinzipiellen Bestand erklärlich sein, von der Elternseite her dürfte eigentlich die Berechtigung eines Umgangsrechts - im Regelfalle - eher zu verneinen sein. Da man jedoch auch der Minderheit der Eltern Rechnung tragen kann und außerdem nicht vergessen darf, daß Eltern ihre Tat bereuen und sich bessern können so daß ein Neuanfang möglich wird, mag man immerhin ein generelles Umgangsrecht im Falle des § 1676 bejahen. Im Zweifel sind Richter im Falle des § 1676 ohnehin von allen Fällen am ehesten geneigt,

295) Siehe Schmalohr, Frühe Mutterentbehrung, S. 144, der zeigt, daß dieses Verhalten dem Menschen aus dem Tierreich überkommen ist: Affenbabys, die von ihren gefühllosen Müttern mißhandelt wurden, suchten sogar intensiver Kontakt zu diesen als normal aufgewachsene Affenjunge. Vgl. auch Hassenstein, Verhaltensbiologie, S. 421, der auf die gleiche Erscheinung hinweist und daraus ableitet, daß man mißhandelte Kinder vor Gericht nicht fragen dürfe, ob sie zu ihren Eltern zurück wollten: Da Kindesmißhandlung ein typisches Wiederholungsdelikt sei, sei hier ganz ausnahmsweise die Eltern-Kind-Beziehung nicht schützenswert.

zum Wohle des Kindes einzugreifen (§ 1634 Abs. 2 S. 2).

Letztlich kann die Frage nach einem Umgangsrecht im Falle des § 1676 aber dahingestellt bleiben. § 1676 wird vom Sorgerechts-neuregelungsgesetz ersatzlos gestrichen werden. Die bisher von § 1676 geregelten Fälle werden von § 1666 mitumfaßt. Sie sind dort Ausnahmefälle, die bei der jetzt folgenden Erörterung des Paragraphen mitbehandelt werden können.

Generell ist in den Fällen des § 1666 nicht zu bestreiten, daß eine innere Bindung zwischen Elternteil und Kind bestehen kann. Die Bindung des Kindes an die Eltern ist ohnehin i.d.R. vorhanden, weil seine Bindung, psychologisch besehen, nicht leicht in Frage zu stellen ist (passives Eigentumsbewußtsein des Kindes). Doch auch die Bindung des Elternteils an das Kind ist oft nicht zu verneinen.

Der gesetzlichen Konzeption nach wird die elterliche Sorge nämlich im Rahmen des § 1666 nicht aus Gründen entzogen, die mit der elterlichen Bindung unmittelbar korrelieren. Den Eltern wird das Sorgerecht nicht deshalb genommen, weil ihnen eine innere Beziehung zum Kind fehlt, sondern deshalb, weil sie eine Gefährdung des Kindes nicht verhindern können. Das wird durch die Neufassung des § 1666 künftig ausdrücklich klargestellt, da § 1666 in Zukunft für die Entziehung der Personensorge nur noch auf die Gefährdung des Kindes und nicht mehr auf ein Fehlverhalten der Eltern abgestellt ²⁹⁶⁾. Das Vorhandensein einer Bindung der Eltern an das Kind ist aber selbst dann, wenn das Kind gefährdet wird, prinzipiell

296) Hier drücken sich mehrere Einsichten aus: Erstens die, daß der Schutz des Kindes ein Eingreifen des VormG auch in solchen Fällen fordern kann, in denen den Eltern kein Vorwurf zu machen ist. Zweitens ist erkannt, daß es besser ist, durch den Verzicht auf Diskriminierung die Zusammenarbeit der Eltern mit den Jugendbehörden zu erleichtern. Und drittens ist damit ausgewiesen, wie problematisch Werturteile über das elterliche Erziehungsverhalten scheinen: Heute fühlt sich das Gesetz weniger denn je dazu aufgerufen, Eltern in irgendeiner Weise zu beurteilen oder zu "bestrafen". Man ist sich bewußt, in welchem weitem Ausmaß die Gesellschaft selbst an der elterlichen Fehlerziehung beteiligt ist. Der reale Anwendungsbe- reich des § 1666 belegt diese Feststellung: nahezu nur Eltern aus den unteren Randgruppen der Gesellschaft werden erfaßt, die ökonomisch, bildungsmäßig und sozial ohnedies benachteiligt sind.

noch nicht in Frage zu stellen, obwohl nicht selten eine zumindest ambivalente Haltung der Eltern ihren Kindern gegenüber zu bemerken ist. Das Gesetz geht aber für die Mehrzahl der Fälle zu Recht von einer inneren Verbundenheit des Elternteils dem Kind gegenüber aus, die freilich nicht nach Mittelschichtmaßstäben zu beurteilen ist, gewährt daher das Umgangsrecht und sieht in § 1634 Abs. 2 S. 2 den Notbehelf für den problematischen Rest der Fälle.

So ist das Umgangsrecht im Falle des § 1666 ein Zeichen dafür, daß das Gesetz dem Kind so lange als möglich die Eltern als emotionale Bezugspersonen erhalten will, auch wenn es unumgänglich ist, die Kinder wegen einer Gefährdung räumlich außerhalb der eigenen Familie unterzubringen. Die Vorschrift setzt als typisch den Fall voraus, daß das Kind etwa im Heim oder in einer Pflegefamilie untergebracht ist, das Heim oder die Familie aber mit den Eltern zusammenarbeitet. Dem Umgangsrecht kommt hierbei eine wichtige Aufgabe zu. Durch Besuche der Eltern oder durch "Beurlaubung" des Kindes in bestimmten zeitlichen Abständen ins Elternhaus wird versucht, die Bindung zwischen Eltern und Kindern zu erhalten. Schon diese Aufgabe erklärt wesentlich das Umgangsrecht im Falle des § 1666²⁹⁷⁾.

Die Frage des Umgangsrechts im Falle des § 1666 soll noch etwas vertieft werden. Wenngleich nach § 1666 das Sorgerecht unabhängig von einem elterlichen Fehlverhalten schon bei einer objektiven Gefährdung des Kindeswohles entzogen werden kann, ist es dennoch wohl nicht möglich, generell von einer ordnungsmäßigen Wahrnehmung der Elternaufgaben - also von der "sozialen Elternschaft" im bisher genannten Sinne - auszugehen. Das würde der Lebenswirklichkeit widersprechen. Doch ist immerhin folgendes zu bedenken: Mag die elterliche Sorge für das Kind auch oft nicht den Anforderungen der Gesellschaft entsprochen haben, so reichte sie i.d.R.

297) Wenn man dem Kind die Eltern allerdings nicht erhalten kann, ist darauf zu achten, daß ihm statt dessen andere emotionale Bezugspersonen zur Verfügung stehen, etwa Heimerzieher, die auch auf diese Aufgabe vorbereitet werden müßten. Vgl. zur Notwendigkeit, dem Kind im Heim die emotionale Beziehungsperson zu sichern, die grundlegenden Ausführungen von Quambusch, RdJB 1973, 364.

doch aus, das Kind an die Eltern zu binden. Die Bindung ist zwar weitgehend vom persönlichen engen Kontakt, aber nicht unmittelbar von einer ordentlichen Erziehung abhängig. Nur die enge Eltern-Kind-Beziehung zeichnet aber das Eltern-Kind-Verhältnis wesentlich aus. So ist in den genannten Fällen des § 1666 in gewisser Weise der umgekehrte Sachverhalt gegeben wie dort, wo noch so gute und sorgfältige Pflege einen Betreuenden nicht zum Elternteil macht, (wenn und) weil die individuelle Eltern-Kind-Bindung nicht intendiert ist, d.h. weil der Betreuende dem Kind gegenüber kein Elternkonzept besitzt (sondern etwa das Konzept des professionellen Erziehers)²⁹⁸⁾, und weil das Kind nicht das Bewußtsein hat, daß die Betreuungsperson seine Mutter oder sein Vater ist.

Am Umgangsrecht im Falle des § 1666 ist also an einem Grenzfall ersichtlich, daß das letztlich entscheidende Element des Umgangsrechts die persönliche Bindung von Elternteil und Kind ist und die "soziale Elternschaft", also die (ordnungsgemäße) Betreuung des Kindes, nur ein nachrangiges - wenngleich nicht unwichtiges - Merkmal. Wir dürfen uns an dieser Stelle daran erinnern, daß auch in bezug auf den Regelfall des Umgangsrechts (Umgangsrecht im Falle der Scheidung der Elternehe) die persönliche Betreuung nur Hilfsfunktion für das Zustandekommen und Dokumentarfunktion

298) Siehe zu den verschiedenen "Konzepten" von Pflegemüttern eingehend Blandow, Rollendiskrepanzen in der Pflegefamilie, S. 55 f. Je nach dem Konzept der Pflegemutter gerät diese in einen Gegensatz zur leiblichen Mutter, so, wenn sich die Pflegemutter als Mutter des Kindes ansieht und das Kind "als eigenes" will (Mutter-Konzept). Nicht oder kaum in einen Gegensatz zur leiblichen Mutter geraten Pflegemütter, die sich selbst bewußtseinsmäßig nicht als Mütter empfinden: Pflegemütter mit einem "Ersatz-Mutter-Konzept", die davon ausgehen, daß sie die Mutter nur für kürzere oder längere Zeit ersetzen, Pflegemütter mit einem (professionellen) "Helfer-Konzept", die ohne wesentliche eigene mütterliche Bedürfnisse nur dem Kind in seinen Schwierigkeiten helfen wollen, Pflegemütter mit einem "Gib-und-Nimm-Konzept", die die Betreuung des Pflegekindes als geschäftliche Angelegenheit betrachten.

für das Vorhandensein einer inneren Verbundenheit besitzt²⁹⁹⁾.

Wir fassen zusammen: Die innere Bindung des Elternteils an das Kind wird vom Tatbestand des § 1666 nicht in Frage gestellt. § 1666 BGB/Entw. macht die Entziehung des Sorgerechts nicht von der Einstellung des Elternteils dem Kind gegenüber abhängig, sondern nur von dessen Gefährdung: daher muß, wenn auch oft keine nach gesellschaftlichen Maßstäben ordnungsgemäße Erziehung, so doch eine innere Bindung der Eltern an das Kind vorausgesetzt werden. Dieser Sachverhalt wird besonders deutlich, wenn man § 1666 im Vergleich zu § 1748 n.F. betrachtet. Um die Einwilligung in die Adoption ersetzen zu können, reicht es nicht aus, daß das Kindeswohl gefährdet ist, vielmehr ist außerdem notwendig, daß die Eltern dem Kind gleichgültig gegenüberstehen, m.a.W. daß sie keine innere Beziehung zum Kind haben. Konsequenterweise kann es dort, wo die Einwilligung in die Adoption ersetzt werden mußte, kein Umgangsrecht geben (§§ 1765 Abs. 1 i.d.F. des Nichtehelicheengesetzes, 1755 Abs. 1 n.F.)³⁰⁰⁾.

299) Freilich ist die Gewährung des Umgangsrechts im Falle des § 1666 systematisch nicht zufriedenstellend, weil dem interessierten ne. Vater, dem nichts vorzuwerfen ist, kein Umgangsrecht zusteht. Aber immerhin lassen sich die Unterschiede daraus erklären, daß im Falle der Sorgerechtsentziehung nach § 1666 die Eltern i.d.R. die einzigen elterlichen Bezugspersonen des Kindes sind und bleiben (falls keine Adoption des Kindes geplant ist), während das Umgangsrecht des ne. Vaters in der Hinsicht problematisch ist, als dem Kind bereits in der Mutter eine feste Bezugsperson zur Verfügung steht. Zwar ist dies beim abwesenden ehelichen Elternteil nicht anders. Doch ist dieser im allgemeinen dem Kind schon vorher in der Lebensgemeinschaft zum Elternteil geworden. Auch in den Fällen des § 1666 ist dem Kind i.d.R. bereits ein - nach gesellschaftlichem Urteil allerdings "schlechter" - Elternteil erwachsen.

300) Siehe hierzu die Kritik von Engler, FamRZ 1966, 556, 557; FamRZ 1970, 118, der - bei anderem systematischem Ausgangspunkt - zutreffend bemerkt, daß sich die generelle Versagung des Umgangsrechts im Falle der Adoption nicht mit der (damaligen) Ausgestaltung des Adoptionsrechts vertrage, sondern einen vorweggenommenen Schritt hin auf ein künftiges Adoptionsrecht (die Volladoption) bedeutete. Doch dürften es die praktischen Vorzüge des damals geschaffenen § 1765 Abs. 1 i.d.F. des NichteheLG gerechtfertigt haben, von den systematischen Unstimmigkeiten abzusehen: angesichts einer zaudernden Rspr. reichte § 1634 Abs. 2 S. 2 nicht aus, den Gefahren für das Kindeswohl zu begegnen. Aus praktischer Sicht ist daher Bosch, FamRZ 1969, 510 Fn. 65 zuzustimmen, der den generellen Ausschluß des Umgangsrechts im Falle der Adoption als "seignersreiche Klarstellung" bezeichnet.

Somit wirkt in § 1748 prinzipiell der gleiche Gedanke wie in § 1634, nur in negativer Hinsicht: einem Elternteil ist nur dann das Kind endgültig zu nehmen, wenn ihm die innere Beziehung zum Kind fehlt (§ 1748). Ein Umgangsrecht hingegen kann es nur dann geben, wenn der Elternteil eine innere Bindung an das Kind besitzt (§ 1634). Ist das Kind gefährdet, ist aber eine innere Verbundenheit des Elternteils mit dem Kind vorhanden, so kommen nur Maßnahmen nach § 1666 in Betracht. Dem Elternteil verbleibt dabei ein Umgangsrecht.

5. Kapitel: Ist das Umgangsrecht ein naturrechtlich fundiertes Elternrecht?

I. Das heutige Verständnis des Naturrechts

Wie anfangs dieser Arbeit ausgeführt, betrachtet das überwiegende Schrifttum und ein Teil der Rechtsprechung das Umgangsrecht als Naturrecht. Bei anderen Verfassern und beim BGH ließ sich diese Auffassung zwar nicht positiv feststellen, aber doch vermuten³⁰¹⁾.

Es ist nunmehr zu untersuchen, ob das Umgangsrecht den Rang eines Naturrechts besitzt. Hierzu muß zunächst geklärt werden, was unter dem "Naturrecht" zu verstehen ist, oder präziser und problembezogener, was die Vertreter der herrschenden Ansicht hierunter im Zusammenhang mit der Erörterung des Umgangsrechts verstehen. Das ist nicht einfach auszumachen, da die meisten, die sich mit der Frage befassen, ihr Naturrechtsverständnis nicht erläutern³⁰²⁾. Allerdings verweisen einige Verfasser auf das Grundgesetz³⁰³⁾. Doch auch das führt nicht wirklich weiter. Selbst wenn wir annehmen, das GG begreife das Elternrecht als Naturrecht, ist noch offen, auf welche der verschiedenen Naturrechtslehren, von denen es so viele gibt, "wie es Auffassungen vom Wesen des Rechts gibt"³⁰⁴⁾, sich das GG bezieht³⁰⁵⁾. Das GG führt

301) Diese Vermutung läßt sich - zusätzlich zu den bereits am Anfang dieser Arbeit genannten Entscheidungen - auch mit einer Stellungnahme des BGH zu § 826 BGB rechtfertigen. Nach BGHZ 17, 328 (332) dient diese Vorschrift "der Verwirklichung eines Rechts höherer Ordnung". Vgl. auch Teubner, Standards und Direktiven, S. 15, der von einer "Restauration des Naturrechts nach dem zweiten Weltkrieg" gerade auch in bezug auf die Rspr. des BGH spricht.

302) Das rügt bereits Giesen NJW 1972, 225 (226): "Diese Aussage wird in allen Kommentaren und in fast allen Lehrbüchern wiederholt, ohne daß auch nur ein einziger wirklich überzeugender Versuch gemacht worden wäre zu erklären, warum das so sein soll."

303) Dölle, Familienrecht, § 98 I 1; Erman-Ronke, § 1634 Anm. 1a; Palandt-Lauterbach, 31. Aufl. 1972, § 1634 Anm. 1; Soergel-Siebert-Lange, § 1634 Rz. 2; Beitzke, Familienrecht, § 27 VI; OLG Frankfurt (M), FamRZ 1968, 662.

304) Fechner, Rechtsphilosophie, S. 179.

305) Das BVerfG lehnte beispielsweise eine verfassungsrechtliche Prüfung der Frage, ob die Einheit der Familie die primäre Zuständigkeit des Vaters notwendig fordere, wegen der "Vielzahl der Naturrechtslehren, die zutage tritt, sobald der Bereich fundamentaler Rechtsgrundsätze verlassen wird" ab (BVerfGE 10, 59 (81)).

nur zu dem allgemeinen Naturrechtsbegriff und nicht weiter.

Nun wird allerdings der Naturrechtsbegriff in der heutigen Zeit generell enger gefaßt als früher. Die umfassenden Naturrechtssysteme der Aufklärungszeit etwa sind von ihm nicht mehr gedeckt: daß das Naturrecht keine letzten Einzelheiten regeln kann, ist heute allseits anerkannt³⁰⁶⁾. Durchweg versteht man in der Jetztzeit unter Naturrecht - ganz allgemein ausgedrückt - nur noch einen Fundamentalbestand des Rechts³⁰⁷⁾. Zu diesem Fundamentalbestand des Rechts soll auch das Umgangsrecht zählen: insoweit ist der Inhalt der herrschenden Meinung sicher noch zutreffend auszumachen. Darüber hinaus können zur Auffassung der einzelnen Vertreter der herrschenden Ansicht aber keine sicheren Feststellungen getroffen werden. Um nun eine sinnvolle Auseinandersetzung möglich zu machen, soll angenommen werden, daß die Anhänger der herrschenden Meinung zumindest einer der drei in der heutigen Zeit vornehmlich vertretenen Naturrechtslehren folgen. Daher soll untersucht werden, ob das Umgangsrecht unter dem Gesichtspunkt wenigstens einer der heute herrschenden Naturrechtsauffassungen als Naturrecht begriffen werden kann.

An zeitgenössischen Lehren, die sich um eine naturrechtliche Fundierung des Rechts bemühen, sind im wesentlichen zu nennen³⁰⁸⁾:

1. Die herrschende absolute Auffassung. Sie wird in mannigfachen Spielarten vertreten und ihr hängen Vertreter unterschiedlicher weltanschaulicher Richtungen an. Allerdings stellen die Anhänger der neuscholastischen Philosophie wohl die stärkste Gruppe. Einheitlich bildet für die absolute Auffassung das Naturrecht den "umwandelbaren absolut gültigen Gehalt des Rechts"³⁰⁹⁾.
2. Die relative Auffassung, die hauptsächlich in der Rechtsprechung vertreten wird. Die relative Auffassung verzichtet vor-

306) A. Kaufmann, Naturrecht und Geschichtlichkeit, S. 21.

307) BVerfGE 10, 59 (81) spricht von "fundamentalen Rechtsgrundsätzen", BGHSt 2, 234 (237) vom "Kernbereich des Rechts". Gleiche oder ähnliche Formulierungen finden sich auch im Schrifttum, vgl. Larenz, Allgemeiner Teil, S. 53.

308) Vgl. Friedmann, in: Naturrecht oder Rechtspositivismus, S. 411.

309) Siehe Fechner, Rechtsphilosophie, S. 181.

nehmlich auf das Merkmal der "Unwandelbarkeit": Das Naturrecht ist abhängig von den örtlichen, zeitlichen und kulturellen Gegebenheiten der menschlichen Gemeinschaft.

3. Die Lehre, die unter dem Einfluß der modernen Phänomenologie und Ontologie von der Analyse der "Natur der Sache" Aufschluß über den naturrechtlichen Gehalt des Rechts erwartet. Hier ist etwa beispielhaft das "institutionelle Naturrecht" Werner Maihofers zu nennen.

Soweit zum Überblick. Im folgenden soll nun im einzelnen untersucht werden, ob das Umgangsrecht unter dem Blickwinkel der genannten Auffassungen als Naturrecht betrachtet werden kann.

II. Ist das Umgangsrecht ein absolutes Naturrecht?

Mit im einzelnen unterschiedlichen Definitionen, aber in der Sache wohl weitgehend übereinstimmend, sehen die Vertreter der absoluten Auffassung im Naturrecht "das für alle Völker und Zeiten gültige Idealrecht"³¹⁰⁾, "die elementaren Rechtsgrundsätze, derer die menschliche Gesellschaft zu ihrer Erhaltung unbedingt bedarf"³¹¹⁾, die "obersten Grundsätze des Rechts"³¹²⁾, die kleine Zahl "aus sich selbst heraus geltender objektiver Rechtsnormen"³¹³⁾, die jedem positiven Recht bindend vorausliegen und die jedermann, auch den Gesetzgeber, verpflichten, den "minimalen Kernbestand an Normen"³¹⁴⁾.

Bevor wir untersuchen, ob das Umgangsrecht zu diesen "unwandelbaren letzten Normen" gehört, ist eine Vorbemerkung angebracht: Angesichts des begrenzten Problems, mit dem wir uns zu befassen

310) Süsterhenn, in: Naturrecht oder Rechtspositivismus, S. 11; David, in: Naturrecht oder Rechtspositivismus, S. 483. Vgl. auch Würtenberger, in: Naturrecht oder Rechtspositivismus, S. 430: "...meist wird behauptet, diese ideellen Normen seien "unabänderlich", "für alle Völker und Zeiten gültig".

311) Baumgarte, Das Elternrecht im Bonner Grundgesetz, S. 5.

312) Vgl. R. Schmidt, AcP 1956 (155), 73 in Anlehnung an das bekannte Werk Coings, Die obersten Grundsätze des Rechts, 1949.

313) Weinkauff, NJW 1960, 1691.

314) Vgl. Gebhard Müller, Naturrecht und Grundgesetz, S. 11: "...einen minimalen Kernbestand an Normen, die sich etwa mit den Geboten der zweiten Tafel des Dekalogs decken könnten..."

haben, kann die Naturrechtsfrage nur in ganz eingeschränktem - rein problembezogenem - Umfang behandelt werden. So können und wollen wir z.B. nicht die Existenz des absoluten Naturrechts in Frage stellen - wie dies viele namhafte Wissenschaftler tun³¹⁵⁾ -, obwohl mit dessen Verneinung auch das Naturrechtsproblem in bezug auf das Umgangsrecht "gelöst" wäre: Wenn wir zum Schluß kämen, daß es überhaupt kein Naturrecht gibt, kann auch das Umgangsrecht kein Naturrecht sein. Wir unterstellen daher, daß letzte unwandelbare Normen existieren, und wir nehmen weiter an, daß diese erkannt werden können. Noch weitergehend als eben gesagt, wollen wir die "ewig gültigen Rechtssätze" auch in bezug auf das Elternrecht im allgemeinen anerkennen. Es wird also unterstellt, daß ein Kernbestand des Elternrechts naturrechtlich legitimiert ist. Wirklich überprüft werden soll nur die Frage, ob auch das Umgangsrecht zum unwandelbaren und unverzichtbaren Kern des Elternrechts gerechnet werden kann. Diese Erörterung vollzieht sich in zwei Schritten: zunächst wird untersucht, was allgemein zum "elterlichen Naturrecht" gehören könnte, danach wird geprüft, ob das Umgangsrecht dazu zu zählen ist.

1. Der Inhalt des absoluten naturrechtlichen Elternrechts

Zum absoluten Naturrecht gehören nur die elementaren Rechtsgrundsätze, derer die menschliche Gesellschaft zu ihrer Erhaltung unbedingt bedarf³¹⁶⁾. Das Elternrecht kann somit nur in einem solchen Umfang Naturrecht sein, als eine objektive Notwendigkeit für sein Bestehenmüssen vorhanden ist. Die Notwendigkeit bestimmt den Umfang des Rechts. Da sich das Recht der Eltern auf eine dritte Person bezieht, ist es nur insoweit "natürlich", als die Eltern damit in die Lage versetzt werden sollen, dieser gegenüber unentbehrliche Funktionen wahrzunehmen. Eigennützige Rechte über einen anderen Menschen, wie etwa die als Herrschaftsrecht verstandene römische patria potestas, sind im Bereich des Naturrechts undenkbar.

315) Vgl. etwa Württenberger, in: Naturrecht oder Rechtspositivismus, S. 433; Welzel, Wahrheit und Grenze des Naturrechts, S. 13. Besonders kritisch Wiethölter, Rechtswissenschaft, S. 74: "Naturrecht (ist)...kurzum...Ideentyrannie, Ideologie, Intoleranz, mithin zugleich Verfassungsverletzung." Zurückhaltend gegenüber einem absoluten Naturrecht auch Fechner, Rechtsphilosophie, S. 188.

316) Baumgarte, Das Elternrecht im Bonner Grundgesetz, S. 5; Larenz, Allgemeiner Teil, S. 49.

Die Gründe für die Naturnotwendigkeit des Elternrechts liegen auf der Hand: Das Kind kommt als "physiologische Frühgeburt" zur Welt³¹⁷⁾. Es ist für lange Zeit hilfsbedürftig und benötigt die Unterstützung, Führung und Erziehung durch andere Menschen. Hierfür kommen erstrangig die Eltern in Betracht als diejenigen, die das Kind gezeugt und geboren haben. Zeugung und Erziehung gehören im Prinzip zusammen. Die Natur hat nicht nur das Hervorbringen der Nachkommenschaft zum Ziel, sondern auch ihre Erhaltung und Entwicklung (die "Förderung des Lebens" schlechthin)³¹⁸⁾. Darüber hinaus machen ihre natürliche Liebe und die gemeinschaftlichen Erbanlagen die Eltern zu den geeignetsten Erziehern ihrer Kinder³¹⁹⁾. Erst im "sozialen Uterus" der Intimgruppe vollzieht sich die eigentliche Geburt zum Menschen³²⁰⁾. Aus diesem Tatbestand folgt das natürliche Recht der Eltern, für ihre Kinder zu sorgen und sie zu erziehen, bis diese der elterlichen Fürsorge nicht mehr bedürfen. Damit untrennbar verbunden, ein wesensbestimmender Bestandteil des Elternrechts³²¹⁾, ist die natürliche Sorgspflicht. Sie folgt aus dem Angewiesensein des Kindes auf Schutz und Hilfe seiner Eltern, aus der Unentbehrlichkeit der Ausübung der Elternbefugnisse für seine Entwicklung. Auch der Umfang der Elternposition, der weitgehende Ausschluß anderer zur Einwirkung auf das Kind befähigter Institutionen bringt diese Pflicht mit sich, da sonst für das Kind ein leerer, fürsorgefreier Raum verbliebe, in dem es sich selbst überlassen wäre. Demgemäß verknüpft auch die Verfassung das natürliche Recht zur Pflege und Erziehung mit der Pflicht zu dieser Tätigkeit.

Zweck des natürlichen Elternrechts ist damit, das Kind zu einem lebensstüchtigen und für die Gemeinschaft tauglichen Menschen heranzubilden. Nach diesem Ziel richten sich auch Inhalt und Reichweite des Rechts: Es muß so umfassend sein, daß die Eltern rechtlich in

317) Portmann, Biologische Fragmente zu einer Lehre vom Menschen, S. 45.

318) Fechner, Rechtsphilosophie, S. 199, der auf eindrucksvolle Über einstimmungen in der soziologischen Struktur und der Ausformung des Miteinander in der Tier- und Menschengesellschaft hinweist.

319) Baumgarte, Das Elternrecht im Bonner Grundgesetz, S. 6.

320) Rempelin, Die seelische Entwicklung des Menschen im Kindes- und Jugendalter, S. 150; vgl. auch Bosch, FamRZ 1972, 457, der die Adoption in gewissem Sinne als "Wiedergeburt" ansieht.

321) BVerfGE 24, 119 (143).

der Lage sind, dieser Forderung zu genügen. Umgekehrt folgt daraus: Ein gesetzlich eingeräumtes Elternrecht ist dann kein Naturrecht, wenn es nicht weit genug reicht, die elterliche Gesamtaufgabe zu verwirklichen, oder wenn es einem anderen Ziele dient.

Damit ist jedenfalls das "umfassende Elternrecht", welches sich mit der elterlichen Sorge des BGB decken mag, ihr jedoch nicht in jeder Hinsicht entsprechen muß, als Naturrecht anzusehen. Denn dieses nimmt an der Sinnhaftigkeit deshalb teil, weil es die Berechtigung zur Aufgabenwahrnehmung und die Verpflichtung zur Aufgabenerfüllung beinhaltet. So spricht auch das BGB in § 1626 II von der elterlichen Sorge als dem Recht und der Pflicht der Eltern, für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen. Die elterliche Sorge hat zudem den Zweck, den Eltern den "Aufbau der sozial-kulturellen Persönlichkeit des Kindes"³²²⁾ rechtlich zu ermöglichen.

2. Der Inhalt des Umgangsrechts im Vergleich

Fraglich ist der Sinnbezug indessen beim Umgangsrecht. Zu prüfen ist, ob der Zweck des Umgangsrechts ebenfalls in die angegebene Richtung weist und ob der Umfang des Rechts es zuläßt, die notwendige Aufgabe der Heranbildung des Kindes zur entwickelten Persönlichkeit zu erfüllen.

Beides ist nicht der Fall. Ziel des Umgangsrechts ist lediglich - das wurde bereits erwähnt -, es dem Berechtigten zu ermöglichen, sich von dem körperlichen und geistigen Befinden des Kindes durch Augenschein und gegenseitige Aussprache laufend zu überzeugen, die verwandtschaftlichen Beziehungen zum Kind aufrechtzuerhalten und einer Entfremdung vorzubeugen sowie dem Liebesbedürfnis beider Teile gerecht zu werden. Außerdem liegt klar zutage, daß der Umgangsberechtigte mit dem ihm eingeräumten beschränkten Recht weder die notwendige Funktion der Heranbildung des Kindes erfüllen kann noch überhaupt darf, um nicht mit dem Recht des Inhabers der elterlichen Sorge in Konflikt zu geraten. Wegen der mangelnden

322) König, in: Soziologie, S. 145.

Notwendigkeit des Umgangsrechts für die Entwicklung des Kindes hat sich das Gesetz darauf beschränkt, dem Umgangsberechtigten nur eine Befugnis zu verleihen; es hat ihm keine Pflicht zur Ausübung des Verkehrs auferlegt. Damit treffen die wesentlichen Gedanken, die dem natürlichen Elternrecht zugrunde liegen, die Naturnotwendigkeit des Rechtes für die Entwicklung des Kindes und seine darauf bezogene Zielgerichtetheit, beim Umgangsrecht nicht zu.

Außerdem darf folgendes nicht unberücksichtigt bleiben: Das Umgangsrecht ist nicht nur nicht notwendig, vielmehr ist seine Ausübung in der Mehrzahl der Fälle eher ungünstig zu beurteilen. Es stiftet - vom Kind aus betrachtet - generell mehr Schaden als Nutzen. Die häufigen Negativwirkungen wurden in der Literatur schon mehrfach hervorgehoben³²³⁾. Vor kurzem hat Schwoerer³²⁴⁾ die wesentlichen Argumente, die gegen das Umgangsrecht angeführt werden, sehr klar zusammengefaßt: "Das Kind, das in der Regel schon unter dem Scheidungsstreit der Eltern gelitten hat, soll zur Ruhe kommen und sein seelisches Gleichgewicht wiedergewinnen. Das wird durch seine Besuche beim nichtsorgeberechtigten Eltern teil erschwert. Sie stören die einheitliche gleichmäßige Erziehung des Kindes insbesondere dann, wenn die Eltern grundverschiedene Charaktere sind und auch äußerlich in unähnlichen Verhältnissen leben. Haben sie sich streitig entzweit, so ist zu befürchten, daß jeder Elternteil das Kind für sich und gegen den anderen einzunehmen versucht. Der nur verkehrsberechtigte Eltern teil benutzt das seltene Zusammensein zu einer dem Kinde abträglichen Verwöhnung. Die Kinder geraten in einen ständigen Spannungszustand oder sie lernen, sich zum Nachteil ihres Charakters nach der jeweiligen Situation zu richten."

Bei diesen Problemen handelt es sich allerdings nicht nur, wie Schwoerer meint, um "gewiß nicht zu unterschätzende Gefahren" für das Kindeswohl. Diese ernstesten Gefährdungen der unentwickelten Kin-

323) Vgl. insb. die bei Giesen, NJW 1972, 226 in Fn. 23, und bei Schwoerer, FamRZ 1969, 370 in Fn. 42 angegebene Literatur; daneben aber auch: Scholl, Das Gewissen des Kindes, S. 154 f; Tramer, Zeitschrift für Kinderpsychologie 1955, 75; Brun, Bulletin of the Menninger Clinic 1964, 3; Katzenstein-Schönfeldt, Diagnostica 1962, 31.

324) FamRZ 1969, 370.

desseeseele führen vielmehr dazu, daß das Umgangsrecht als dasjenige Rechtsinstitut bezeichnet werden muß, das in der fürsorgerischen wie psychologischen Praxis wohl "am häufigsten angegriffen und grundsätzlich abgelehnt wird"³²⁵⁾. Es bedeutet eine Verkennung des Naturrechtsbegriffes, wenn man ein in dieser Art negativ gekennzeichnetes Recht mit darunter faßt.

3. Der Verlust des naturrechtlichen Elternrechts

Von seinem Inhalt her betrachtet, kann das Umgangsrecht daher kein natürliches Elternrecht sein. Der umgangsberechtigte Elternteil hat das natürliche Elternrecht vielmehr verloren: nicht nur in den Fällen, in denen es ihm wegen einer konkreten Gefährdung des Kindes nicht mehr zusteht (§§ 1666, 1676)³²⁶⁾, sondern auch im Falle der Scheidung oder Trennung (§§ 1671, 1672). Gegen einen solchen Verlust ist der Elternteil nicht gefeit. So besteht nach der Scheidung bei ehelichen Eltern die gleiche Lage wie bei nicht-ehelichen Eltern: Wegen der typischerweise fehlenden Lebensgemeinschaft kann das natürliche Elternrecht nicht beiden Eltern zustehen. Das natürliche Elternrecht bezieht sich wertfrei auf die Eltern an sich und betrachtet sie in ihrer Gegenüberstellung zum Kind als eine Einheit. Können die Eltern wegen der typischerweise bestehenden Trennung und wegen den i.d.R. zwischen ihnen herrschenden Spannungen diese Einheit nicht verkörpern - wie bei nicht-ehelichen Eltern - oder nicht mehr verkörpern - wie bei geschiedenen Eltern -, so sind andere Institutionen - auch der Staat (Art. 6 Abs. 2 GG) - berechtigt und verpflichtet, im Interesse des Kindes einzugreifen, um eine geordnete Erziehung sicherzustellen³²⁷⁾. Da die elterliche Funktion nach unserer Rechtsordnung nicht beiden Eltern wegen ihrer Trennung und der zu befürchtenden Uneinigkeit zustehen kann, hat das natürliche Elternrecht nur noch den Sinn, daß den Eltern in ihrer Gesamtheit, dem einen oder dem anderen Elternteil, das Recht zur Heranbildung des Kindes gegeben (§ 1705) bzw. belassen (§ 1671) werden muß. Solange ein Elternteil fähig

325) Taegert, in: Gerichtliche Psychologie, 1962, S. 79. Vgl. ergänzend auch Giesens berechtigte Kritik am naturrechtlichen Verständnis des Umgangsrechts, NJW 1972, 226.

326) Daß das natürliche Elternrecht in diesen Fällen endet, folgt schon daraus, daß sein Sinn nicht erreicht werden kann.

327) Vgl. BVerfGE 31, 194 (205).

und willens ist, die mit der Pflege und Erziehung des Kindes verbundenen Pflichten zu übernehmen und das Kind dadurch nicht gefährdet wird, ist dem Elternteil die elterliche Sorge zu übertragen und nicht etwa einem Dritten. Dann ist dieser Elternteil Alleininhaber des natürlichen Elternrechts, der andere besitzt lediglich ein Umgangsrecht kraft positiven Rechts (so der geschiedene Elternteil) oder eine gewisse Chance zum persönlichen Umgang (so der nichteheliche Vater).

Es ist damit als Ergebnis festzuhalten: Das Umgangsrecht hat keinen naturrechtlichen Inhalt. Es besitzt nicht den für das Naturrecht im absoluten Sinn unentbehrlichen "Unerläßlichkeitscharakter". Es kann wesentlich deshalb nicht als naturrechtliches Elternrecht angesehen werden, weil die auf die Heranbildung des Kindes bezogenen Merkmale der Zielgerichtetheit, Unersetzbarkeit und Pflichtgebundenheit des Elternrechts beim Umgangsrecht nicht gegeben sind, das Umgangsrecht somit nicht "in dem Sinn und in der Zielordnung der Elternschaft"³²⁸⁾ gründet. Außerdem ist das Umgangsrecht für das Kind nicht notwendig, eher sogar schädlich.

III. Ist das Umgangsrecht ein relatives Naturrecht?

Auch zum Naturrecht im relativen Sinne zählt nur ein gewisser "Kernbereich des Rechts"³²⁹⁾. Doch gilt dieser Kernbestand an Rechtsnormen nicht überzeitlich und überörtlich, nicht für alle Völker und Zeiten. Unter dem relativen Naturrecht werden nur diejenigen fundamentalen Rechtssätze verstanden, die den "übereinstimmenden sittlichen Grundanschauungen"³³⁰⁾, der "gemeinsamen Rechtsüberzeugung der Kulturvölker"³³¹⁾ oder der "christlich-abendländischen Kultur"³³²⁾ entsprechen.

Auch unter dem Gesichtspunkt des relativen Naturrechts wollen wir

328) Hollenbach, Stimmen der Zeit 1958/59, 455. Auch Welzel, Wahrheit und Grenze des Naturrechts, S. 19 spricht davon, daß das "Elternrecht...ja weniger eine Summe von Rechten als vielmehr von Pflichten, insbesondere von Erziehungspflichten ist".

329) BGHSt 2, 234 (237).

330) BGHSt 2, 234 (237, 239).

331) BGHSt 2, 234 (238).

332) BGHZ 5, 97.

das Umgangsrecht betrachten. Denn es ist nicht auszuschließen, daß manche Anhänger der herrschenden Meinung das Umgangsrecht nur unter diesem eingeschränkten Blickwinkel als Naturrecht begreifen³³³⁾. Wir müssen also in Auseinandersetzung mit dieser Auffassung fragen, ob das Umgangsrecht zu dem "Kernbestand des Rechts" zählt, das der "gemeinsamen Rechtsüberzeugung der Kulturvölker" entspricht, ob das Umgangsrecht also ein Elternrecht ist, das nach der übereinstimmenden Rechtsüberzeugung in den Kulturstaaten unantastbar ist.

Die Antwort auf diese Frage ergibt sich noch nicht aus den bisherigen Ausführungen zu den "grundlegenden Normen" im Bereich des Elternrechts. Auch wenn die relative Auffassung von "Grundnormen" spricht, sind diese doch nicht so eng zu verstehen wie die "obersten Grundsätze" der absoluten Auffassung. Deren "zeitlos gültige Normen" sind inhaltlich wesentlich begrenzter: sie geben nur "Umrisse einer rechtlichen Urordnung"³³⁴⁾ an. Die allein auf die heutige Zeit bezogenen und auf die Kulturstaaten beschränkten Grundnormen der relativen Naturrechtsauffassung können daher prinzipiell einen wesentlich weiteren Bereich des Elternrechts erfassen und inhaltlich konkreter sein. Freilich hat gerade die soziologische Diskussion der letzten Jahre gezeigt, daß diejenigen, die es sich zur Aufgabe gemacht haben, die gesellschaftliche Gegenwart und Zukunft kritisch zu überdenken, generell geneigt sind, den Eltern das Recht jenseits der Frühsozialisation des Kindes streitig zu machen³³⁵⁾. Ob die gegenwärtig noch unumstrittene und gesicherte Auffassung zum Elternrecht weiter reicht als die geschilderte absolute, ist fraglich. Doch einstweilen sind diejenigen, die generell Zweifel am Elternrecht hegen, noch in der Minderheit. Die Überlegungen des vorigen Abschnitts zu den "obersten Normen" sollen also die Diskussion der relativen Naturrechtsauffassung nicht von vornherein abschneiden. Wir wollen davon ausgehen, daß das Um-

333) So vielleicht Schwoerer, der - allerdings nicht in Auseinandersetzung mit der Naturrechtsproblematik - zum Umgangsrecht ausführt: "Es entspringt der engstmöglichen Blutsverwandtschaft und ist deshalb in allen Kulturstaaten anerkannt" (Schwoerer, NJW 1964, 7).

334) Vgl. Weinkauff, NJW 1960, 1689 (1694).

335) Vgl. Claessens-Menne, in: Familiensoziologie, S. 321; Neidhardt, in: Familiensoziologie, S. 220, 231.

gangsrecht - in diesem Sinne verstanden - zum "Grundbestand" des relativen Naturrechts zählen könnte (wenngleich nicht zählen muß). Wir wollen uns also in bezug auf die nun folgende Diskussion der relativen Auffassung so verhalten, als sei der vorige Abschnitt dieser Arbeit nicht geschrieben. Wir beabsichtigen, uns dem Problem aus einer anderen Richtung zu nähern.

In der folgenden Erörterung können wir nicht mehr, wie noch im vorigen Kapitel geschehen, undifferenziert vom Umgangsrecht schlechthin sprechen. Um jetzt Kritik zutreffend plazieren zu können, muß genau verstanden sein, was die herrschende Meinung zum Naturrechtscharakter des Umgangsrechts sagen will. Das soll zunächst dargelegt werden.

Ein kurzer Rückblick auf die Entstehung der herrschenden Lehre ist hier geboten. Wie geschildert, stand das Umgangsrecht vor dem 1.1.1958 nur solchen Eltern zu, die das Sorgerecht durch die Sorgerechtsverteilung nach der Ehescheidung verloren hatten. Erst durch das Gleichberechtigungsgesetz wurde das Umgangsrecht auf alle Fälle des Sorgerechtsverlustes ausgedehnt und damit auch den Eltern gegeben, denen das Sorgerecht nach den §§ 1666, 1676 (str.), 1765 in der vor dem NichteheG geltenden Fassung (str.), 1738 verlorengegangen war. Mit dieser Ausdehnung des Umgangsrechts auf alle Fälle des Sorgerechtsverlustes kam die Ansicht vom natürlichen Elternrecht in der Nachkriegszeit auf. Erst die Fälle des Umgangsrechts, die nicht den Fall der Scheidung betreffen, gaben den Anhängern der herrschenden Meinung den Anlaß, eine naturrechtliche Basis des Gesetzes anzunehmen³³⁶⁾. Es ist also davon auszugehen, daß die Vertreter der h.M. das Umgangsrecht in dem durch das Gleichberechtigungsgesetz eingeräumten Umfang als Naturrecht ansehen. Während das KG in der Vergangenheit mit dem Naturrecht begründete, daß das Umgangsrecht überhaupt nicht ausgeschlossen werden kann, zieht die herrschende Meinung das Naturrecht heran, um

- a) die Gewährung des Umgangsrechts an alle Eltern, die das Sorgerecht verloren haben, zu begründen, und

336) Siehe hierzu die Bemerkungen in Staudinger-Schwörer, § 1634 Rz. 4, die darauf hindeuten, sowie auch Beitzke, FamRZ 1958, 10

- b) die außerordentlich strengen Anforderungen an einen Ausschluß des Umgangsrechts zu legitimieren³³⁷⁾.

Unsere Aufgabe ist es nun, zu prüfen, ob das Umgangsrecht in dem beanspruchten Umfang ein Naturrecht im relativen Sinne sein kann. Verfahrensmäßig bietet sich an, zunächst die durch das GleichberG neu hinzugekommenen Fälle gesondert zu untersuchen, was im folgenden unter 1. geschehen soll. Hierfür spricht, daß in bezug auf diese Fälle die Widerlegung der herrschenden Meinung leichter möglich scheint, als dies bei den herkömmlichen Fällen des Umgangsrechts (Umgangsrecht nach der Ehescheidung) der Fall ist. Im Anschluß an diese Erörterung gehen wir dann - unter 2. - auf die behauptete Naturrechtsqualität der letztgenannten Fälle des Umgangsrechts ein: Auch das Umgangsrecht nach der Ehescheidung hat durch das Gleichberechtigungsgesetz eine Veränderung erfahren: auf dieses Umgangsrecht bezieht sich vornehmlich die erwähnte, von den Vertretern der herrschenden Meinung behauptete Verschärfung der Anforderungen an den Ausschluß des Umgangsrechts.

1. Das Umgangsrecht im Anschluß an den Sorgerechtsverlust der Eltern nach den §§ 1666, 1676, 1738, 1765 i.d.F. vor dem NichteheG

Die Feststellung, erst mit der Ausweitung der Umgangsrechtsfälle auf die genannten Fallgruppen sei das Umgangsrecht naturrechtsgemäß konzipiert, impliziert den Vorwurf, daß vorher - als es ein Umgangsrecht abgesehen von der Ehescheidung und Ehetrennung nicht gab - die Rechtslage nicht dem Naturrecht entsprochen habe. Ist dieser Vorwurf aber berechtigt? Sicher nicht bereits deshalb, weil das vom Gleichberechtigungsgesetz korrigierte Recht aus dem Dritten Reich überkommen ist. Nicht alles, was damals an gesetzlichen Bestimmungen entstand, widerspricht der "christlich-abendländischen Kultur" oder den "gemeinsamen Anschauungen der Kulturvölker". Außerdem wurde das Ehegesetz 1938 nach dem Kriege - allerdings vor Inkrafttreten des Grundgesetzes - von nationalsozialistischem Gedankengut gereinigt: Im EheG 1946 blieb jedoch die fragliche Vorschrift erhalten. Offenbar wurde die Beschränkung des Um-

337) Vgl. Staudinger-Schwoerer, § 1634 Rz. 87.

gangsrechts auf den Fall der Ehescheidung nicht als typisch nationalsozialistisches Unrecht - und damit möglicherweise als naturrechtswidrig im relativen Sinne - empfunden.

Zudem hat das EheG 1938 - wie ausgeführt - in bezug auf den umgangsberechtigten Personenkreis (nicht im Hinblick auf den Ausschluß des Umgangsrechts) nur die schon seit der Entstehung des BGB vorhandene und vom RG schon Anfang dieses Jahrhunderts entsprechend einschränkend ausgelegte Regelung des § 1636 a.F. übernommen. § 1636 a.F. und die diesen Paragraphen interpretierenden RG-Beschlüsse entstammen aber einer Zeit, in welcher Gesetz und Rechtsprechung nach allgemeiner Auffassung die Gebote der christlich-abendländischen Kultur durchweg beachtet haben³³⁸⁾. Nicht zufällig herrschte im späten neunzehnten und beginnenden zwanzigsten Jahrhundert der Positivismus in Lehre und Praxis: "Gesetz" bedeutete unverbrüchlich "Recht", weil es nicht möglich schien, daß ein Gesetzgeber einmal "Unrecht" setzen könnte. Erst das

338) Vgl. A. Kaufmann, Naturrecht und Geschichtlichkeit, S. 3: "Daß zu jener Zeit gute Gesetze entstanden, war...dem glücklichen Umstand zu verdanken, daß der damalige Gesetzgeber die in der Theorie schon zur Selbstverständlichkeit gewordene Trennung von Recht und Sittengesetz in der Praxis eben nicht vollzog". Vgl. aber zu jener Epoche auch Wiethölter, Rechtswissenschaft, S. 71: "Ein Rechtsstaat für bestenfalls 20 oder 30 % der Bevölkerung". Wiethölter spricht die Tatsache an, daß der wilhelminische Staat der Rechtsstaat der Besitzenden war und die Belange der Bevölkerung, die im ausgehenden Jahrhundert zur Lohnarbeiterklasse zählte, nicht berücksichtigte. Hiernach könnten allerdings Zweifel daran auftauchen, ob die frühere Regelung des § 1636 a.F. bedenkenfrei naturrechtsgemäß war: die Nichtgewährung eines Umgangsrechts in den Fällen der §§ 1666, 1676, 1738, 1765 a.F. trifft fast ausschließlich Eltern aus der Unterschicht. Ginge es nicht auch um das Elend der Kinder, läge der Gedanke nicht fern, daß das Gericht oftmals aufgrund von Maßstäben, die der eigenen Schicht entnommen sind, nach § 1666 "armen" Eltern den Kontakt mit den Kindern untersagt. Siehe besonders Mnookin, FamRZ 1975, 4, zu dem Problem, daß Kinder aus verwahrlosender Umgebung entfernt werden: "Manche "schmutzigen Elternhäuser" gefährden das Heranwachsen und das Wohlbefinden der Kinder ernsthaft; aber es ist schwer festzustellen, wie der Richter diese von denen unterscheidet, die lediglich die Empfindsamkeit des Fürsorgers gestört haben mögen. So muß ein Richter in den meisten Fällen "schmutziger Elternhäuser" seine Mittelschichtmaßstäbe über Sauberkeit in der Familie einsetzen, wobei sowohl die wirtschaftlichen, als auch die kulturellen Umstände solch einen Test nicht nur ungerecht, sondern auch ungeeignet sein lassen können".

Dritte Reich beschied dieser Auffassung mittelbar das Ende. Was die hier zu entscheidende Frage anbelangt, ist also nicht zu begründen, daß das Umgangsrecht nur dann der "christlich-abendländischen Kultur", um das engste Kriterium der relativen Naturrechtsauffassung zu nennen, entspricht, wenn es auf alle Eltern, denen das Sorgerecht nicht mehr zusteht, ausgedehnt wird.

Allerdings hat sich die Zeit gewandelt und mit ihr die allgemeine Rechtsüberzeugung. Das zeigt sich besonders im Familienrecht, etwa an der Wandlung der Rechtsstellung der Frau in allen Staaten des christlich-abendländischen Kulturkreises. Die Änderungen im hier maßgeblichen Bereich des Kindschaftsrechts waren aber gewiß nicht so stark, daß das, was 1900 und 1946 (EheG 1946) noch als der abendländischen Kultur gemäß angesehen wurde, nun auf einmal als ihr widersprechend empfunden werden müßte. Das zeigt zunächst der Blick auf die innerstaatliche Entwicklung des Umgangsrechts, das zeigt aber auch der Blick über die Grenze.

Das BGB hat - wie erwähnt - bereits 1969 das Umgangsrecht leiblicher Eltern im Falle der Adoption des Kindes definitiv ausgeschlossen (§ 1765 i.d.F. des Nichtehelichengesetzes). Ob dies rechtssystematisch verfehlt oder aus anderen Gründen falsch war, ist hier ohne Belang: Der Rechtsüberzeugung der abendländischen Kulturvölker widersprach diese Gesetzesänderung jedenfalls nicht. Das ist schon daraus ersichtlich, daß alle maßgebenden Institutionen in der Bundesrepublik sowie führende Wissenschaftler im Grundsatz das ab 1.1.1977 geltende neue Adoptionsrecht befürworten³³⁹⁾. Dieses sieht aber für die Adoption Minderjähriger prinzipiell die sog. Volladoption vor: bei dieser erlöschen sämtliche Rechtsbeziehungen des Kindes zu seinen leiblichen Verwandten. Auch ein Umgangsrecht für den leiblichen Elternteil gibt es danach nicht. In vielen Nachbarstaaten ist diese Regelung schon seit längerer Zeit geltendes Recht³⁴⁰⁾. Die vor dem GleichberG bestehende und inzwischen wieder eingeführte Versagung des Umgangsrechts widerspricht

339) Gesetz über die Annahme als Kind und zur Änderung anderer Vorschriften (Adoptionsgesetz) vom 2.7.1976. Zum Entwurf des Gesetzes siehe Engler, FamRZ 1975, 125 f.

340) Vgl. zur Lage in der Schweiz und in Frankreich, Eichenberger, FamRZ 1975, 19 und zur Situation in der DDR, Grandke, u.a., Familienrecht, S. 286 f.

also zumindest für den Fall der Adoption nicht der gemeinsamen Rechtsüberzeugung der Staaten abendländischer Kultur.

Der Blick über die Grenze zeigt noch weiteres: Er macht klar, daß es keineswegs allgemeine Übung ist, ein Umgangsrecht über den Fall der Scheidung hinaus zu gewähren. Vielmehr handhaben dies die einzelnen Staaten unseres Kulturkreises unterschiedlich.

Ein Umgangsrecht in allen Fällen des Sorgerechtsverlustes - den Sorgerechtsverlust durch Adoption meist ausgenommen - gewähren neben der Bundesrepublik beispielsweise Schweden³⁴¹⁾, Dänemark³⁴²⁾, die Schweiz³⁴³⁾ und Polen³⁴⁴⁾. Andere europäische Staaten räumen hingegen ein Umgangsrecht nur nach Scheidung und Trennung der Elternehe ein. Zu nennen wären hier etwa Norwegen³⁴⁵⁾, Öster-

341) Vgl. §§ 6, 7, 10 des Elterngesetzes vom 10. Juni 1949 Nr. 381 i.d.F. der Gesetze vom 12.12.1958, vom 23.5. und 5.12.1969 und vom 17.12.1970.

342) §§ 23, 24, 27 des Gesetzes Nr. 277 vom 30.6.1922 über die Ummündigkeit und Vormundschaft in der Fassung der Bekanntmachung dieses Gesetzes vom 24.3.1970.

343) Art. 156 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches bezieht sich direkt allerdings nur auf das Umgangsrecht bei Scheidung und Trennung der Elternehe. Doch wird dieser Artikel auch auf die Fälle der Wegnahme des Kindes (§ 284) und der Entziehung der elterlichen Sorge (§ 285) angewandt (vgl. Egger, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Art. 156 Anm. III 1). Art. 273 Abs. 1 des Entwurfs für eine Revision der Art. 252 - 327 des Schweizerischen ZGB über das eheliche und außereheliche Kindesverhältnis gesteht grundsätzlich jedem Elternteil, der nicht die elterliche Sorge oder Obhut innehat, ein Recht auf angemessenen persönlichen Umgang mit dem Kind zu (vgl. Hanisch, FamRZ 1975, 11).

344) Siehe Art. 58 S. 2, Art. 113 des Familien- und Vormundschaftsgesetzbuches vom 25. Februar 1964.

345) Vgl. § 8 des Gesetzes Nr. 9 über eheliche Kinder vom 21.12.1956 Auch der nichteheliche Vater hat kein Umgangsrecht: wenn er beansprucht, das Kind zu besuchen, entscheidet das Kinderfürsorgeamt, "ob und in welchem Ausmaß er dazu berechtigt ist" (§ 4 Abs. 1 des Gesetzes Nr. 10 über die außerehelichen Kinder vom 25.12.1956).

reich³⁴⁶⁾, Rumänien³⁴⁷⁾ und Griechenland³⁴⁸⁾. Als naturrechtswidrig in relativem Sinne kann der vor 1958 bestehende Rechtszustand daher nicht angesehen werden: Die Rechtsüberzeugung kultivierter Völker fordert nicht, das Umgangsrecht auch Eltern zu geben, die das Sorgerecht auf andere Weise als durch Ehescheidung oder Ehetrennung verloren haben. Sowohl die eine wie die andere Art der rechtlichen Regelung fußt vielmehr auf dem Boden der abendländischen Kultur und hält sich in deren Rahmen.

Freilich ist anzunehmen, daß viele Naturrechtsvertreter wissen, daß die Ausdehnung des Umgangsrechts auf alle Fälle des Sorgerechtsverlustes keineswegs die allgemeine Unterstützung der Kulturvölker abendländischer Prägung findet³⁴⁹⁾. Auch von daher gesehen ist es wahrscheinlich, daß die meisten Anhänger der h.M. ein absolutes Naturrechtsverständnis besitzen und kein relatives. In diesem Fall wäre allerdings der Naturrechtscharakter der 1958 geschaffenen Regelung nicht durch die andersartige Rechtslage in Deutschland vor 1933 und in manchen anderen europäischen Staaten in der Jetztzeit widerlegt. Denn der consensus omnium ist kein Kriterium der (absoluten) naturrechtlichen Richtigkeit³⁵⁰⁾. Auch mögen die zi-

346) Vgl. § 142 Abs. 1 ABGB. Klang-Gschnitzer, ABGB, § 142 Anm. V 1 schreiben: "Nach dem Gesetz behält er diese Befugnis; sie kann also nicht auf Grund des § 142 in Anspruch genommen werden, wenn sie dem betreffenden Ehegatten auf Grund des § 178 entzogen war". § 170a Abs. 1 ABGB gesteht der nichtehelichen Mutter, die nicht das Sorgerecht besitzt, ein Umgangsrecht zu, soweit nicht das Wohl des Kindes gefährdet wird. Das gleiche gilt für den Vater, dessen Vaterschaft festgestellt ist. Nach § 170a Abs. 2 ABGB haben auch Großeltern ein Umgangsrecht, soweit nicht Gründe des Wohles des Kindes dagegen sprechen (siehe hierzu Zemen, FamRZ 1973, 563).

347) Vgl. Art. 43 des Familiengesetzbuches vom 29. Dez. 1953 i.d.F. des Gesetzes Nr. 6 vom 4. April 1956 und des Dekrets Nr. 779 vom 8. Okt. 1966.

348) Vgl. Art. 1503, 1504 des Zivilgesetzbuches vom 15. März 1940.

349) Wissenschaftlern, die rechtsvergleichend tätig sind (z.B. Beitzke), ist mit Sicherheit die Rechtslage bezüglich des Umgangsrechts in anderen Staaten Europas bekannt. Diese Wissenschaftler verstehen das Naturrecht absolut.

350) Siehe C.A.Emge, Über das Grunddogma des rechtsphilosophischen Relativismus, S. 42: "Auch wenn alle einer Ansicht sind, so kann diese dennoch falsch sein." Und plastisch sagt Arthur Kaufmann, Naturrecht und Geschichtlichkeit, S. 12, daß sich andernfalls die Sonne um die Erde gedreht haben müßte, da es eine Zeit gab, in der alle dieser Meinung waren.

tierten Rechtsordnungen in dieser Frage Ausdruck einer "irregeleiteten" und "verzerrten" Kultur sein und daher für das Umgangsrecht nicht den geeigneten Maßstab bilden³⁵¹⁾. Vorausgesetzt dies sei die Behauptung der Anhänger des absoluten Naturrechts, müßte aber offengelegt werden, woraus geschlossen wird, daß die eigene Auffassung naturrechtsgemäß ist und die fremde naturrechtswidrig. Der Hinweis einiger Verfasser auf das Grundgesetz kann hier nicht helfen, weil die Verfassung das Naturrecht nicht geschaffen hat. Es gilt unabhängig von ihr. Selbst wenn wir unterstellen, daß das GG das Naturrecht anerkannt hat, bleibt doch sein Inhalt offen: weder aus dem Naturrecht noch aus der Verfassung selbst folgt, daß den Eltern bei einem Sorgerechtsverlust ein Umgangsrecht verbleiben muß. Gäbe es § 1634 nicht, könnte also aus keiner gesetzlichen oder übergesetzlichen Norm ein Umgangsrecht hergeleitet werden³⁵²⁾. Und außerdem ist nicht nachvollziehbar, wie die Anhänger der herrschenden Meinung diesen doch recht konkreten Inhalt des Naturrechts erkannt haben. Die bei manchen zu vermutende theologische Erfahrung des Naturrechts ist bei noch so großer Frömmigkeit des Glaubenden für einen Außenstehenden nicht nachzuempfinden. Damit soll allerdings nicht bestritten werden, daß der echte und ursprüngliche Glaubensakt "gültige" Erkenntnisse vermitteln kann³⁵³⁾. Ähnliches gilt von der werttheoretischen Überzeugung, die bei denen vorhanden sein mag, die etwa der Philosophie von Max Scheler und Nikolai Hartmann folgen³⁵⁴⁾.

351) Vgl. hierzu das bekannte Gutachten des BGH zur Gleichberechtigung der Geschlechter (BGHZ 11, Anhang S. 34 f.). Der BGH beschränkt die Frau auf die "naturgemäßen" Aufgaben als Hausfrau und Mutter und führt zur teilweise entgegenstehenden Wirklichkeit aus, "die urchtümliche Ordnung der Familie (sei) heute mannigfach zivilisatorisch verzerrt. Aber nicht nach diesen Verzerrungen, sondern nach der gewöhnlichen typischen Gestalt der Ehe hat sich ihre rechtliche Ordnung zu richten" (S. 66). Siehe auch Weinkauff, NJW 1960, 1694, der beklagt, daß "unsere Generation die Kraft zu einer einheitlichen Schau der elementaren Rechtswerte nicht mehr aufbringt".

352) So bereits Horstmann, Zum Problem der personenrechtlichen Beziehungen, S. 123.

353) So zutreffend Fechner, Rechtsphilosophie, S. 188.

354) Auch in den Urteilen des BGH glaubt man Einflüsse der Scheler'schen und Hartmann'schen Wertethik feststellen zu können (vgl. Evers, JZ 1961, 242). Hartmann und Scheler beschreiben in ihrer Philosophie eine "ewige Ordnung" der "absoluten ethischen Werte" mit "objektiver Existenz", die durch geistiges Erlebnis (Wertfühlen) erkennbar ist. Im strengen naturwissenschaftlichen Sinn ist die "Ordnung der Werte" nicht zu beweisen (vgl. Wiethölter, Rechtswissenschaft, S. 73).

Wenngleich auch hier vielleicht bei wirklich intensivem Wert-erleben Umrisse des Absoluten erfahrbar sind, bleibt die Wertanschauung doch notwendig subjektiv und nicht objektiv nachprüfbar. Das gilt um so mehr, wenn sich die theologische Einsicht bzw. das Werterleben auf eine so begrenzte Frage wie das Umgangsrecht bezieht und wenn weiter die erfahrene theologische oder werttheoretische Offenbarung vom früheren Recht des eigenen Landes und vom gegenwärtigen anderer Staaten abweicht und erkennbar Belange des Kindes mißachtet. Auch ein entsprechendes "Wertfühlen" oder "Wertbewußtsein"³⁵⁵⁾ ist bei objektiver Betrachtung nicht begründet.

Zusammenfassend ist damit festzuhalten, daß sich die Ausdehnung des Umgangsrechts über den Fall der Scheidung hinaus nicht naturrechtlich (im relativen Sinn) begründen läßt, da nicht zu erweisen ist, daß diese Regelung des Umgangsrechts der gemeinsamen

355) Vgl. hierzu auch noch Tammelo, Wissenschaft und Weltbild, 1974, 221: "Es gibt für den Menschen Grundtatsachen, über die er nicht hinwegsehen kann, und es gibt für ihn Grundwerte, über die er auch nicht hinwegsehen kann. ...Es ist nicht einzusehen, daß der Verzicht auf den kognitivistischen Standpunkt in der Begründung der ethischen, somit auch der naturrechtlichen Normen etwas anderes bedeutet als das Aufgeben einer Illusion. ...Die Grundtatsachen, die den Menschen angehen, haben keine höhere Würde als die menschlichen Grundwertungen. Der Mensch lebt nicht weniger in der Welt der Werte als in der Welt der Tatsachen..." Auch wenn man diesen Ausführungen zustimmt, ist fraglich, ob es angesichts der geschilderten Rechtslage in vielen zivilisierten Staaten einen "Grundwert" gibt, der verlangt, das Umgangsrecht auch den Eltern zu geben, die das Sorgerecht wegen der Gefährdung des Kindes verloren haben. Jedenfalls müßte man dann wohl auch dem nichtehelichen Vater, dem im Regelfalle nicht dasselbe wie den besagten Eltern vorzuwerfen ist, ein Umgangsrecht gewähren (vgl. Simitis, StAZ 1970, 264). Allerdings kommt es nicht auf den Vorwurf gegenüber den Eltern entscheidend an: Kinder können nur wegen Gefährdung und nicht aus moralischer Entrüstung über die Eltern aus der Familie genommen werden (vgl. Mnookin, FamRZ 1975, 4). Andererseits ist aber auch zu bedenken, daß dann, wenn den Eltern ein Vorwurf zu machen ist, oftmals eine Gefährdung des Kindes naheliegt. Jedenfalls stellt sich derzeit weniger das Problem, daß zu früh als daß zu spät eingegriffen wird. Tilman Moser, Jugendkriminalität und Gesellschaftsstruktur, S. 347 ist mit Recht bestürzt darüber, "in welchem Ausmaß die Gesellschaft den gefährdeten Kindern Zeit läßt, sich zu Kriminellen zu entfalten. Sie kümmert sich kaum um sie, solange sie Opfer sind. Erst wenn die Gesellschaft sich selbst als Opfer fühlen und wenigstens darstellen kann, greift sie ein."

Rechtsüberzeugung der Völker christlich-abendländischer Kultur entspricht. Der Gesetzesvorgang, der mit der Erweiterung des Umgangsrechts die naturrechtliche Argumentation veranlaßt hat, ist nicht naturrechtlich legitimiert.

2. Das Umgangsrecht nach der Neuverteilung der elterlichen Sorge anlässlich der Ehescheidung/Ehetrennung

Ist nun aber (zumindest) das Umgangsrecht nach Auflösung der Elternehe naturrechtlich (im relativen Sinne) begründet? Auch um diese Frage zu beantworten, ist es notwendig, sich die Aussage der herrschenden Meinung genau zu vergegenwärtigen. Die herrschende Ansicht sagt nicht, daß das Naturrecht einen Kernbestand des Umgangsrechts sichert, das Naturrecht soll vielmehr, nachdem die Auffassung, daß das Umgangsrecht überhaupt nicht entzogen werden kann, nicht mehr vertreten wird, die strengen Voraussetzungen, die das BGB an die Beschränkung oder den Ausschluß des Umgangsrechts stellt (§ 1634 Abs. 2 S. 2), rechtfertigen³⁵⁶⁾.

In der folgenden Erörterung soll versucht werden, zu erweisen, daß diese Auffassung nicht richtig sein kann.

Zunächst ist jedoch zutreffend, daß die meisten Staaten des abendländischen Kulturkreises ein Umgangsrecht für den abwesenden Elternteil im Falle der Scheidung kennen. Aber eben doch nur die meisten Staaten und nicht alle. So sieht die Rechtsordnung der Niederlande kein eigentliches Umgangsrecht für den abwesenden Elternteil vor. Bis 1970 gab es noch nicht einmal eine gesetzliche Bestimmung über den persönlichen Umgang: "The other parent remains entirely out of the picture"³⁵⁷⁾. In dem ab 1.1.1970 in Kraft befindlichen neuen Bürgerlichen Gesetzbuch ist zwar eine Vorschrift vorhanden (Art. 161.5), doch ist darin nur gesagt, daß der Richter

356) Die konsequente naturrechtliche Auffassung des KG, daß das Umgangsrecht überhaupt nicht genommen werden kann, wird heute nicht mehr vertreten. Statt dessen stellt man - wie gesagt - strenge Anforderungen an das Vorliegen von Ausschlußgründen. Vgl. Staudinger-Schwoerer, § 1634 Rz. 87.

357) Aus: Parental Custody and Matrimonial Maintenance. A Symposium. London 1966, S. 79/80, zitiert nach Giesen, ZvgIRW 1969, 8.

dem nichtsorgeberechtigten Elternteil den Umgang mit dem Kind gestatten kann. Er muß aber kein Umgangsrecht gewähren und wird es, der herkömmlichen Auffassung in der niederländischen Rechtsprechung gemäß, die allein am Kindeswohl orientiert ist, auch nicht tun, wenn ein solcher Umgang dem Kindeswohl nachteilig zu werden verspricht³⁵⁸⁾. In den Niederlanden besteht somit in bezug auf die ehelichen Eltern eine ähnliche Situation wie in der Bundesrepublik bezüglich des nichtehelichen Vaters, der - wie gesagt - auch kein Umgangsrecht besitzt, dessen Umgang sich vielmehr allein nach dem Kindeswohl bestimmt (§ 1711).

Ein anderes Land, das ausdrücklich erwähnt werden muß, ist die DDR. Auf den ersten Blick scheint sich zwar § 27 des Familiengesetzbuches vom 20.12.1965 nicht grundlegend von § 1634 BGB zu unterscheiden. Denn auch nach § 27 Abs. 1 FGB "behält der nicht erziehungsberechtigte Elternteil die Befugnis zum persönlichen Umgang mit dem Kind". Doch ist es allein Sache der Eltern, sich über Art und Weise des Umgangs zu einigen, wobei sie allerdings auf Antrag vom Organ der Jugendhilfe unterstützt werden können (§ 27 Abs. 2 S. 1 FGB). Eine gerichtliche Festsetzung des Umgangsrechts gibt es nicht. Das eigentlich Neue aber, das dem Kommentator des Gesetzes den Anlaß bot, von einem "Recht neuer Art"³⁵⁹⁾ zu sprechen, ist, daß das Umgangsrecht mit Rücksicht auf die Belange des Kindes nicht mit Hilfe staatlichen Zwangs durchgesetzt werden kann, also mit keiner juristischen Sanktion ausgestattet ist³⁶⁰⁾.

Auch in anderen Staaten ist das Umgangsrecht im Interesse des Kindeswohles so leicht beschränkbar, daß es diesbezüglich nicht mit dem Umgangsrecht des BGB verglichen werden kann. Hier sind z.B. die skandinavischen Staaten Norwegen und Dänemark und die südosteuropäischen Länder Jugoslawien und Rumänien zu nennen. In § 8 des norwegischen Gesetzes Nr. 9 über eheliche Kinder vom 21.12.1956 steht zwar zunächst, daß der nichtsorgeberechtigte Elternteil die Feststellung seines Umgangsrechts verlangen könne. Doch heißt es gleich darauf im nächsten Satz: "Niemand kann ein

358) Vgl. Giesen, NJW 1972, 226 Fn. 22.

359) Siehe Grandke u.a., Familienrecht, S. 427.

360) Familienrecht der DDR, Kommentar, § 27 FGB Rz. 3.1.

solches Recht erhalten, wenn anzunehmen ist, daß dieses Zusammenkommen für das Kind nachteilig sein kann"³⁶¹). Ähnlich - wenngleich nicht ganz so eindeutig - bestimmt das dänische Recht, daß das Umgangsrecht bereits dann aufgehoben werden kann, "wenn die Rücksicht auf die Interessen des Kindes oder andere wichtige Gründe dafür sprechen"³⁶²). Und Art. 65 Abs. 4 des jugoslawischen Grundgesetzes über die Ehe vom 3. April 1946 i.d.F. vom 28. April 1965 lautet: "Der nichtsorge- und nichterziehungsberechtigte Eltern teil hat das Recht des persönlichen Umgangs mit den Kindern, soweit das Gericht unter Berücksichtigung der Interessen der Kinder nicht anders entschieden hat." Im Familiengesetzbuch Rumäniens schließlich heißt es zwar nicht direkt zum Umgangsrecht (Art. 43 Abs. 3 FGB), bei dem eine spezielle Bestimmung über seine Beschränkbarkeit fehlt, jedoch ganz allgemein zu den elterlichen Rechten: "Die elterlichen Rechte werden ausschließlich im Interesse der Kinder ausgeübt" (Art. 1 Abs. 4 S. 2 FGB)³⁶³). Unter der Voraus

361) Nach § 4 des Gesetzes Nr. 10 über die außerehelichen Kinder vom 21.12.1956 hat der nichteheliche Vater kein Umgangsrecht. Beansprucht er, das Kind zu besuchen, so kann die Behörde die Forderung ablehnen, "wenn nach ihrer Meinung eine solche Berechtigung unvorteilhafte Folgen für das Kind nach sich ziehen könnte" (vgl. § 4 Abs. 1 S. 2 des Gesetzes).

362) Siehe § 27 Abs. 3 des Gesetzes Nr. 277 vom 30.6.1922 über Unmündigkeit und Vormundschaft in der Fassung vom 24.3.1970. In bezug auf den nichtehelichen Vater bestimmt § 27 Abs. 2, daß die höhere Verwaltungsbehörde dem Vater ein Umgangsrecht zuerkennen kann, "sofern dies mit dem Interesse des Kindes vereinbar ist und besondere Umstände, darunter namentlich die bisherige Verbindung des Vaters mit dem Kinde dafür sprechen".

363) Vgl. Art. 1 Abs. 4 S. 2 des Familiengesetzbuches der Sozialistischen Republik Rumänien vom 29. Dez. 1953 i.d.F. des Gesetzes Nr. 6 vom 4. April 1956 und des Dekrets Nr. 779 vom 8. Okt. 1961. Siehe auch Simitis, in: Goldstein-Freud-Solnit, Jenseits des Kindeswohls, S. 108 zu der im Rahmen des französischen Rechts vertretenen funktionalen Interpretation der Elternrechte: "Keines dieser Rechte kann losgelöst von seiner Funktion, der Verwirklichung der Kindesinteressen, gesehen werden und deshalb auch niemals dazu dienen, persönliche Belange der Eltern durchzusetzen". - Im Hinblick auf alle genannten Staaten gilt, daß hier nicht bekannt ist, ob und inwieweit eine Kluft zwischen Gesetz und Wirklichkeit besteht. Trotz aller gegenteiligen Beteuerungen stellen sich dem Kindeswohl in der Praxis mannigfache Widerstände entgegen, weil mit jeder nur denkbaren Begründung versucht wird, die Interessen des Eltern teils und des Kindes als gleichgerichtet erscheinen zu lassen (vgl. hierzu auch die treffenden Bemerkungen von Simitis, in: Goldstein-Freud-Solnit, a.a.O., S. 112).

setzung, daß die Rechtsprechung, die hier nicht bekannt ist, die zitierten Bestimmungen nicht einschränkend auslegt, zeigen die Vorschriften, daß in den genannten Ländern das Umgangsrecht in den Fällen, in denen es auf das Recht ankommt, in den Streitfällen also, einen anderen Charakter hat als bei uns. Dort ist das Umgangsrecht, wie es scheint, wesentlich leichter zu beschränken als hierzulande. Das Umgangsrecht in dem in der Bundesrepublik gehandhabten Sinne kann sich also nicht auf die gemeinsame Anschauung der Völker abendländischer Kultur stützen.

Nun ist allerdings trotz des Gesagten nicht zu bestreiten, daß in den meisten Staaten das Umgangsrecht dem nichtsorgeberechtigten Elternteil nur in besonders schwerwiegenden Fällen entzogen werden kann und insoweit ein ähnlicher Rechtszustand besteht wie in der Bundesrepublik³⁶⁴⁾. Doch sagt die Gesetzeslage - gleichgültig ob die der Bundesrepublik oder die des Auslandes - für sich allein genommen noch nicht viel aus. Denn maßgebend für das relative Naturrecht ist nicht nur der gesetzliche Zustand in den verschiedenen Kulturstaaten, erforderlich ist vielmehr auch, daß dieser Zustand der gesicherten Rechtsüberzeugung der betreffenden Völker entspricht. Davon kann aber keine Rede sein³⁶⁵⁾. Nehmen wir als Beispiel das eigene Land, weil hier die Stellungnahmen zum Umgangsrecht am besten bekannt sind. In der Bundesrepublik ist das Umgangsrecht schon seit Jahren Gegenstand heftiger Kritik, was besonders in der Diskussion um die Rechtstellung des nicht-ehelichen Vaters³⁶⁶⁾, aber nicht nur dort³⁶⁷⁾, zum Ausdruck kam. Wir greifen aus den neueren Stellungnahmen diejenige der Ehrechts-

364) Vgl. hierzu Giesen, ZvglRW 1968, 8 Fn. 33.

365) Vgl. zur Kritik: in den USA beispielsweise Goldstein-Freud-Solnit, Jenseits des Kindeswohls, S. 38 und Kushner, Social Work 1965, 52; in Dänemark: Brun, Bulletin of the Menninger Clinic 1964, 7; in Brasilien: Katzenstein-Schönfeldt, Diagnostica 1962, 31; in Großbritannien: Allen, Mental Health 1966, 3.

366) Vgl. besonders Bosch, FamRZ 1961, 461, FamRZ 1963, 402; Neuhäus, FamRZ 1963, 328; Grasnack, NJW 1966, 1298; Reuther, FamRZ 1967, 258 u.v.a. Allerdings spricht aus manchen Stellungnahmen neben der Sorge um das Wohl des Kindes auch Mißtrauen gegenüber dem nichtehelichen Vater.

367) Siehe etwa Schreiber, Praxis der Kinderpsychologie 1954, 61; Müller-Freienfels, Ehe und Recht, S. 224; Lempp, NJW 1972, 316; Simitis, in: Goldstein-Freud-Solnit, Jenseits des Kindeswohls, S. 109 f.; Zenz, in: Familie und Familienrecht, S. 166 f.

kommission heraus. Die Auffassung der Ehrechtskommission erscheint deshalb wesentlich, weil in ihr namhafte Wissenschaftler und Praktiker unterschiedlicher weltanschaulicher Richtung mitarbeiteten und weil die Kommission - anders als die Jugendhilfeverbände und die Fachvertreter der speziell dem Kinde zugewandten Wissenschaften - nicht dem Verdacht ausgesetzt ist, generell nur das Kindeswohl im Auge zu haben und die Belange der Eltern zu vernachlässigen. Die Ehrechtskommission fordert eine wesentliche Einschränkung des Umgangsrechts für die Zukunft. Wir zitieren aus ihren Vorschlägen: "In der Sache ist die Kommission der Auffassung, daß bei der Regelung des persönlichen Umgangs im künftigen Recht dem Interesse des Kindes an einer ungestörten Entwicklung gegenüber dem Interesse des Umgang begehrenden Elternteils der Vorrang zukommt. Zur Gewährleistung dieses Vorrangs ist es erforderlich, daß schon die Frage, ob überhaupt Gelegenheit zum persönlichen Umgang gegeben werden soll, nach dem Wohl des Kindes entschieden wird, nicht nur - wie im geltenden Recht - inwieweit diese Gelegenheit bestehen soll. Bei beiden Entscheidungen hat im Konfliktfall das Elternrecht hinter das Kindeswohl zurückzutreten. Das soll nicht nur in Ausnahmefällen gelten, sondern immer dann, wenn es für die Entwicklung des Kindes unter Berücksichtigung aller Umstände besser ist, daß es nicht oder nicht in dieser Form und Häufigkeit zum persönlichen Umgang mit dem Elternteil kommt, der nicht Inhaber der elterlichen Sorge ist. ...Der Vorschlag, alle den persönlichen Umgang betreffenden Entscheidungen am Wohl des Kindes auszurichten, führt dazu, daß diese Entscheidungen für die Gerichte schwieriger werden als bisher. Er bedeutet den Verzicht auf eine gesetzliche Grundregel, an die sich der Richter im Zweifel halten kann. Weder kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, daß eine Befugnis zum persönlichen Umgang besteht (wie nach § 1634 BGB), noch vom Gegenteil"³⁶⁸).

Verfasser, die sich in dieser oder ähnlicher Form für eine Revision des Gesetzes aussprechen, gibt es in großer Zahl. § 1634 ist somit keine Vorschrift, die in bezug auf die Anforderungen an die Beschränkbarkeit des Umgangsrechts der allgemeinen Billi-

368) Ehrechtskommission beim Bundesministerium der Justiz, Vorschläge zur Reform, S. 92. Die dieser Begründung entsprechenden Thesen der Kommission wurden einstimmig verabschiedet.

gung sicher sein kann.

Abschließend ist damit festzustellen, daß die strengen Anforderungen an den Ausschluß des Umgangsrechts auch nicht mit dem Naturrecht im relativen Sinn zu legitimieren sind. Denn weder ist das strenge Ausschlußrecht Allgemeingut aller zivilisierten Staaten, noch findet es die Unterstützung aller Einsichtigen.

IV. Ist das Umgangsrecht ein institutionelles Naturrecht?

1. Institutionelles Naturrecht und Natur der Sache

Noch an einer dritten Art "Naturrecht" soll die Auffassung der herrschenden Meinung gemessen werden: An einer zeitgenössischen Form des Naturrechts, am "institutionalen Naturrecht"³⁶⁹⁾, das sich eng mit der Lehre von der "Natur der Sache" berührt. So ist Maihofer anzuführen, der meint, das Gesetz habe "nach dem gültigen, durch die "sachlogischen Strukturen" des Rechtsstoffes selbst vorgegebenen Rechte" zu fragen. Er tritt demgemäß für ein Naturrecht ein, "worin das in der Natur der Sache liegende Sein dieser, aus dem Sinnzusammenhang der sozialen Welt vorgezeichneten Sozialgestalten, in seiner jeweiligen geschichtlichen Eigentlichkeit festgestellt und zur Rechtsordnung verfestigt ist"³⁷⁰⁾. Ähnlicher Auffassung ist Larenz. Er betrachtet das Naturrecht als die "immanente Grundlage jedes geschichtlich verwirklichten Rechts", das der Jurist der Sache nach auch heute anerkenne, wenn er sich auf die "Natur der Sache", das Wesen, die immanente Struktur eines Lebensverhältnisses" beziehe³⁷¹⁾. Auch Ryffel ist der Ansicht, "daß es zweifellos so etwas wie eine "Natur" der Sache gibt, die in gewissem Ausmaß bestimmte Rechtsvorschriften sozusagen vorzeichnet"³⁷²⁾. Und Coing führt schließlich aus, daß ein gewaltsamer Versuch des Gesetzgebers, der Natur der Sache zu widersprechen, zwangsläufig zusammenbrechen müsse³⁷³⁾.

369) Maihofer, Recht und Sein, S. 121.

370) Maihofer, a.a.O., S. 121.

371) Larenz, in: Naturrecht oder Rechtspositivismus, S. 32.

372) Ryffel, in: Naturrecht oder Rechtspositivismus, S. 513.

373) Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 185.

Die Natur der Sache fordert somit zunächst, das Recht an der sozialen Wirklichkeit zu orientieren. Sie hat aber gleichzeitig eine "über die bloße Faktizität hinausweisende, in die Bereiche des Sinnhaften und Werthaften hineinragende Bedeutung"³⁷⁴⁾, indem sie neben den "Realfaktoren" auch den "sinnhaften Gehalt der Sache"³⁷⁵⁾, "den auf die Rechtsidee bezogenen Sinn eines Lebensverhältnisses"³⁷⁶⁾ zu ergründen sucht.

Zur allgemeinen Kennzeichnung des institutionellen Naturrechts sollen diese Ausführungen genügen. Bevor geprüft wird, ob das Umgangsrecht in diesem Sinn ein institutionelles Naturrecht sein kann, soll ~~des vergleiches wegen eine Erscheinung des Eltern-Kind-Verhältnisses~~ behandelt werden, die jedem entwickelten Recht zugrunde liegt: soweit bekannt, knüpft als allgemeine Regel für den Zeitpunkt der Geburt des Kindes jedes Recht an die Mutter-Kind-Beziehung bzw., wenn die Eltern des Kindes in einer von der Rechtsgemeinschaft gebilligten Form zusammenleben, an die Eltern-Kind-Beziehung an. Hier treten uns rechtliche Regeln entgegen, die auf dem institutionellen Naturrecht gründen. Aus der naturgegebenen Hilflosigkeit der Neugeborenen ergibt sich die Notwendigkeit, Recht und Pflicht der Fürsorge für die Kinder zu regeln. Dann erscheint es - mit Larenz - "als der Natur der Sache, hier des Menschen, gemäß, daß die Eltern im allgemeinen die am nächsten hierzu berufenen sind"³⁷⁷⁾. Und auch Süsterhenn führt zutreffend aus - wenn wir seine Worte auf die Primärerziehung des Kindes beschränken -, daß sich das Erziehungsrecht und die Erziehungspflicht der Eltern gegenüber ihren Kindern nicht erst aus positiven staatlichen Anordnungen ergeben, "sondern aus der "Natur der Sache", d.h. aus der immanenten Ordnung und Gesetzlichkeit dieser menschlichen Lebensverhältnisse selbst"³⁷⁸⁾.

Fechner, dem wir zu diesem Thema die tiefsten Ausführungen verdanken, schreibt schließlich: "Sichtbar wird ein Übergang von der biologischen Ordnung in die rechtliche im menschlichen Bereiche

374) Larenz, Methodenlehre, S. 406.

375) Vgl. Fechner, Rechtsphilosophie, S. 147.

376) Radbruch, in: FS Rudolf Laun, S. 162.

377) Larenz, Methodenlehre, S. 407.

378) Süsterhenn, in: Naturrecht oder Rechtspositivismus, S. 19.

selber und zwar im Mutter-Kind-Verhältnis. Hier zeigt sich, wie eine naturgegebene Ordnung notwendig und bruchlos in die menschliche Rechtsordnung überleitet... Diese sinnhafte Ordnung ist von der Natur, nicht vom Recht begründet. Die Rechtsordnung aber knüpft an diese Ordnung an, nimmt sie auf und führt sie sinnvoll weiter"³⁷⁹⁾.

Es würde daher, so dürfen wir annehmen, dem institutionellen Naturrecht widersprechen, wollte ein Gesetzgeber Kinder - bezogen auf den Zeitpunkt ihrer Geburt - generell anderen Personen zu-

³⁷⁹⁾ Fechner, Rechtsphilosophie, S. 200, 201.

weisen als ihren Eltern³⁸⁰⁾.

- 380) Doch muß man sich darüber klar sein, daß die Gesellschaft einer "wissenschaftsgläubigen Zeit" (Bleistein, Stimmen der Zeit 1975, 64) mit der "Tendenz zu einer totalen Planungsmentalität" (Schulz, Evangelische Kommentare 1975, 10) kein noch so naturhaftes Verhältnis auf Dauer dulden wird, wenn es nicht effizient ist. Man wird immer den Versuch unternehmen, "besseres" zu entwickeln, das den gesellschaftlichen Bedürfnissen eher gerecht wird als das Bestehende. Dies halten für legitim und notwendig: Behrendt, Universitas 1973, 347 - die menschliche Situation kann und muß grundsätzlich auf menschlich gesetzte Ziele hin gestaltet werden - und Greiffenhagen, Evangelische Kommentare 1975, 210 - nur weitere Planung, weitere Progression kann unsere Welt menschlich halten -. Vgl. auch H. Marcuse, Der eindimensionale Mensch, S. 184 f. ("befreiende Kraft der Technologie"). - Stark ablehnend gegenüber Eingriffen in naturhafte Verhältnisse - hier bezogen auf die Frage der Schwangerschaftsunterbrechung - Spaemann, ZRP 1974, 117, Lang-Hinrichsen, FamRZ 1974, 501. Wie jedes andere natürliche Verhältnis wird sich daher auch das Mutter-Kind-Verhältnis der methodischen Analyse stellen müssen. Allerdings besteht für dieses Verhältnis - anders als für das Vater-Kind-Verhältnis auch auf längere Sicht besehen keine Gefahr. Sperling, Praxis der Psychotherapie 1973, 86 berichtet von einer internationalen Expertenkonferenz, die als einzige konstante familiäre Einheit die Mutter-Kind-Beziehung anerkannte, während es für den Vater in absehbarer Zukunft "kaum mehr als Zwischenlösungen" gebe. Die Sicherheit der Mutter-Kind-Beziehung auch im "wissenschaftlichen Zeitalter" belegen ferner Einzeluntersuchungen. Besonders eindrucksvoll insoweit die Erkenntnisse von Papousek (zitiert nach Strunk, Zeitwende 1974, 293), der bei den Müttern intuitive Verhaltensweisen beobachten konnte, die so gut auf das Kind abgestimmt waren, als hätten die Mütter die jüngsten lerntheoretischen wissenschaftlichen Arbeiten gelesen: "So sorgt die Mutter dafür, daß sie sich beim Kontakt mit dem Kind stets in dessen Gesichtsfeld aufhält. Sie moduliert ihre Stimme und ihr Verhalten zu einfachen, mehrfach wiederholten Schablonen und sendet unbewußt den Polarisierungseffekt von gleichzeitigen visuellen, taktilen und akustischen Reizen aus, um dem Kind den Wahrnehmungsvorgang zu erleichtern. Schließlich beantwortet sie Nachahmungen des Kindes mit ihrer eigenen Freude, wiederholt in leichten Abwandlungen ihre Verhaltensweise, als wisse sie, wie sehr die Aufmerksamkeit optimal durch den Wechsel zwischen vertrauten und neuen Auslösern abhängig ist. Lange vor dem Zeitpunkt, an dem das Kind den Gebrauch der Hand lernt, stimuliert die Mutter Greifbewegungen, gibt dem Kind einfache Gegenstände in die Hand und führt Funktionen aus, die das Kind später übernehmen muß". Eine eingehende sozialwissenschaftliche Analyse des Eltern-Kind-Verhältnisses findet sich bei Neidhardt, in: Familiensoziologie, S. 260, der ebenfalls zur Auffassung kommt, daß die Familie derzeit nicht ersetzt werden kann: "Es gibt offenbar keine Befunde, die nahelegen könnten, daß gesellschaftliche Strategien der Intelligenzförderung in die familiäre Sozialisation der frühesten Kindheit eingreifen. Auch vom vierten Lebensjahre an wären Förderungsprogramme im Hinblick auf die außerhalb der Familie kaum organisierbaren Stabilitäts-, Konsistenz- und Affektbedingungen der Sozialisation so anzusetzen, daß ein hinreichender Kontakt zu den Familien gewährleistet bleibt."

Die nächste Frage ist aber, ob die Natur der Sache auch Maßstäbe für spätere Ereignisse im Eltern-Kind-Verhältnis gibt? Verfolgen wir hierzu die typische Familiensituation im zeitlichen Verlauf weiter. Meist fehlt es an (hier interessierenden) rechtlich wesentlichen Gegebenheiten. Doch tauchen auch typische Probleme auf. So ist mit einer bestimmten Häufigkeit festzustellen, daß sich Ehegatten nicht verstehen und entzweien. Die Folge ist, daß die Gatten auseinanderstreben. In einem Rahmen, der durch weltanschauliche Überzeugungen und Wertvorstellungen wesentlich bestimmt bzw. begrenzt ist, trägt das Gesetz diesem Sachverhalt Rechnung, indem es den Gatten die Möglichkeit gibt, die Ehe rechtlich zu beenden. Mehr als beim Gattenverhältnis (vor der Ehescheidung) folgt das Gesetz beim Eltern-Kind-Verhältnis (nach der Ehescheidung) im allgemeinen dem sozialen Tatbestand: Hier kann sich die Wirklichkeit stärker durchsetzen, weil die Frage, wie das Eltern-Kind-Verhältnis zu gestalten ist, falls die Eltern einig sind, weltanschaulich nicht so sehr umstritten ist.

Zur Lebenswirklichkeit ist zu bemerken, daß im Regelfall zumindest einer der Eltern beim Kind bleibt - dessen Hilfsbedürftigkeit fortbesteht -, wenn nicht sogar beide Eltern das Kind bei sich behalten wollen. Die Rechtsordnung folgt hier zunächst der Natur der Sache, wenn sie die Personensorge bei den Eltern - d.h. im konkreten Fall bei einem Elternteil - beläßt und nicht auf fremde Personen überträgt. Letzteres würde - als allgemeine Regel - wohl als dem institutionellen Naturrecht widerstreitend empfunden werden. Wem von den Eltern hingegen das Sorgerecht zukommt, vermag die Natur der Sache nur zu sagen, wenn die Eltern sich darüber einig sind. Hier dürfte es dem institutionellen Naturrecht entsprechen, den Elternteil zu berücksichtigen, auf den sich die Eltern geeinigt haben. Kommen die Eltern hingegen zu keiner Einigung - im Regelfall bedeutet dies, daß beide Eltern das Sorgerecht beanspruchen -, so besteht eine nicht ausbalancierte Situation in der sozialen Wirklichkeit: Hier tragen die Lebensverhältnisse

nicht mehr "ihr Maß und ihre Ordnung in sich"³⁸¹⁾. Eine bestimmte Regelung ist aus der Wirklichkeit selbst nicht zu entnehmen. Die Natur der Sache gibt keinen Maßstab. Der Sachverhalt ist vielmehr menschlicher Gestaltung wesentlich offen. Daher sind die verschiedenartigsten Lösungen - je nach dem Wertempfinden des einzelnen und der Gemeinschaft - denkbar. Wer nur auf das Verhältnis der Gatten zueinander blickt, wird dazu neigen, dem "schuldlosen" Elternteil das Kind zu geben, wer vornehmlich das Eltern-Kind-Verhältnis im Auge hat, wird demjenigen das Kind zuweisen, der dem Kind am engsten verbunden oder der zur Erziehung am besten befähigt erscheint.

Da wir den Einfluß des institutionellen Naturrechts untersuchen wollen, verfolgen wir den Fall weiter, daß sich die Rechtsordnung am elterlichen Vorschlag, d.h. im allgemeinen an der Ordnung in der Lebenswirklichkeit, orientiert. In bezug auf das rechtliche Verhältnis des Kindes zum sorgeberechtigten Elternteil ist festzustellen, daß die entsprechende Vorschrift des Gesetzes (§ 1626) praktisch das Leben aufnimmt. Soweit es die allgemeine Aussage des § 1626 betrifft, weist also die soziale Wirklichkeit der Rechtsnorm den Weg. Weil der Gesetzgeber von der richtigen "Vorstellung" ausgeht, daß der verbleibende Elternteil im allgemeinen in der Weise für das Kind sorgt, wie dies vor der Ehescheidung beide Eltern getan haben, gelten für die "Restfamilie" die gleichen Rechtsregeln, die vor der Ehescheidung für die vollständige Familie galten. Das Erziehungsrecht des sorgeberechtigten Elternteils beruht damit auf dem "institutionellen Naturrecht", weil das Gesetz die autonome Ordnung der Lebenswirklichkeit praktisch nur in rechtliche Regeln faßt und konkretisiert.

Nach diesen Bemerkungen, die der folgenden Untersuchung lediglich die sichere Vergleichsbasis geben sollten, wenden wir uns nun der eigentlichen Frage zu: Kann das Umgangsrecht - wie es im BGB

381) Siehe die bekannte Definition der Natur der Sache bei Dernburg, Pandekten, S. 86: "Die Lebensverhältnisse tragen, wenn auch mehr oder weniger entwickelt, ihr Maß und ihre Ordnung in sich. Diese den Dingen innewohnende Ordnung nennt man Natur der Sache. Auf sie muß der denkende Jurist zurückgehen, wenn es an einer positiven Norm fehlt oder wenn dieselbe unvollständig oder unklar ist."

statuiert ist - ein institutionelles Naturrecht sein? Um dies zu prüfen, soll die Wirklichkeit der Beziehung des Kindes zum abwesenden Elternteil daraufhin betrachtet werden, ob hier ebenfalls - wie in bezug auf das Verhältnis des Kindes zum sorgeberechtigten Elternteil - eine "außerrechtliche Vorgegebenheit der Struktur"³⁸²⁾ sichtbar ist, die der Wertung des Gesetzgebers die Freiheit nimmt und eine bestimmte Regelung praktisch erzwingt.

Zu dieser Untersuchung ziehen wir die (wenigen) Daten heran, die über die Wirklichkeit des Umgangsrechts bekannt sind. Allerdings sind an dem Bild, das uns in der Folge über die sozialen Tatbestände entgegentritt, aus später zu erläuternden Gründen noch Korrekturen vorzunehmen.

2. Empirische Daten über das Umgangsrecht

Empirische Untersuchungen zum Umgangsrecht sind - wie geschildert - von Haffter³⁸³⁾ und Goode³⁸⁴⁾ bekannt. Die Erhebungen beziehen sich zwar auf die Schweiz bzw. die Vereinigten Staaten und nicht auf die Bundesrepublik. Das dürfte jedoch die Brauchbarkeit der Untersuchungen nicht wesentlich mindern, da diese Staaten ein Umgangsrecht besitzen, das im Grundsatz wie das der Bundesrepublik konzipiert ist, und da es sich außerdem um allgemein-menschliche Fragen handelt, die hier von Belang sind. Außerdem sind auch Untersuchungen aus der DDR bekannt, die herangezogen werden können.

Da geprüft werden soll, inwieweit das Umgangsrecht eine Erscheinung des sozialen Lebens ist, interessieren zunächst besonders die Angaben darüber, ob und in welchem Umfang ein persönlicher Umgang zwischen dem abwesenden Elternteil und dem Kind (nach der Ehescheidung) in der Lebenswirklichkeit anzutreffen ist. Hier sehen wir aber an dem zur Verfügung stehenden Zahlenmaterial, daß in einem hohen Prozentsatz der Fälle keine Kontakte zwischen dem Kind und dem Elternteil bestehen: Das Umgangsrecht steht praktisch auf dem Papier. Nach Haffter hatten die Kinder in 83 von 152 Fällen,

382) H.-P. Westermann, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit, S. 86.

383) Haffter, Kinder aus geschiedenen Ehen, S. 74 f.

384) Goode, After Divorce, 1956, S. 314, zitiert nach König, Handbuch der empirischen Sozialforschung, S. 282 f.

in denen ein persönlicher Umgang in Frage kam, keine Verbindung mit dem abwesenden Vater. Etwas günstigere Zahlen, die jedoch immer noch denen von Haffter vergleichbar sind, gibt Goode für amerikanische Verhältnisse: In 157 von 425 Fällen (37 %) nahmen die Väter ihr Umgangsrecht nicht oder nur selten und unregelmäßig (weniger als einmal jährlich) wahr. Aus der DDR wird von einer Untersuchung des Kreisgerichts Flöha berichtet, in der festgestellt wurde, daß in etwa 52 % der untersuchten Fälle kein persönlicher Umgang zwischen dem abwesenden Elternteil und seinem Kind stattfand. Und aus einer Erhebung des Kreisgerichts Jena-Stadt wird hierzu die Zahl von 55 % mitgeteilt. Des weiteren wird in der Untersuchung des Kreisgerichts Flöha erwähnt, daß ein ständiger Kontakt zwischen dem umgangsberechtigten Elternteil und dem Kind nur in knapp 30 % der Fälle bestand. Die Jenaer Erhebung weist zu diesem Punkt 28 % aus³⁸⁵⁾.

Alle Zahlen stammen ersichtlich aus Untersuchungen, die einen beschränkten Personenkreis und ein begrenztes örtliches Gebiet zum Ausgangspunkt hatten. Doch besteht kein Anhalt dafür, daß die Daten ins Generelle übertragen, anders wären. Denn die Gründe, die hauptsächlich für die Nichtausübung des Umgangsrechts verantwortlich sein dürften, liegen in typischen familialen Konfliktlagen und in typischen menschlichen Eigenschaften der am Umgangsrecht Beteiligten begründet, die überall, wo es ein Umgangsrecht gibt, die gleichen sein dürften.

Zunächst ist wesentlich, daß im allgemeinen der Vater der umgangsberechtigte Elternteil ist und nicht die Mutter: das Umgangsrecht ist ein Mannesrecht³⁸⁶⁾. Das Vater-Kind-Verhältnis aber ist bei

385) Vgl. Arnold, Art und Umfang der elterlichen Rechte in der DDR, S. 75 m.w.Nachw.

386) Vgl. die Angaben bei Luther, RdJB 1972, 162 und Gernhuber, FamRZ 1973, 241: 1969 wuchsen nach der Scheidung der Eltern 266000 Kinder unter 18 Jahren bei ihren Müttern auf, dagegen nur 20000 bei ihren Vätern. In über 90 % der Fälle war also der Vater umgangsberechtigt.- Ähnliche Zahlen existieren - wie erwähnt - für die DDR: hier ist die Mutter "in mehr als 85 %" der Fälle sorgeberechtigt, der Vater also auf das Umgangsrecht verwiesen (vgl. Grandke u.a., Familienrecht, S. 426).- Ähnlich liegen die Verhältnisse auch in anderen Staaten: vgl. zur Situation bei jüdischen Familien in den USA Kushner, Social Work 1965, 53: "...the absent parent - most often the father -

einer Trennung von Vater und Kind im allgemeinen eher störrisch als das Mutter-Kind-Verhältnis, zumal dann, wenn der Vater nicht das Bewußtsein hat, daß er gebraucht wird. Auch gibt der Vater im allgemeinen den Kontakt mit dem Kind bei eigenen persönlichen und familiären Schwierigkeiten eher auf als die Mutter. Außerdem haben auch Kinder, wenn sie - wie meist - an die Mutter gebunden sind, oft nicht den Wunsch, den Vater zu sehen³⁸⁷⁾, so daß von daher dem Vater ein Fernbleiben "aufgezwungen" werden kann, falls er keine staatliche Hilfe in Anspruch nimmt. Auch beruht die Bindung des Vaters an sein Kind auf einer geringeren biologischen Basis und kann verlorengehen, wenn er von Mutter und Kind getrennt lebt und nicht mehr der Mutter zugetan ist³⁸⁸⁾.

Da es die gegebenen Daten erklärt, ist es wahrscheinlich richtig, wenn Verhaltensforscher und Soziologen erklären, der Mann sei i.d.R. zunächst an die Mutter und erst über diese an das Kind gebunden³⁸⁹⁾: ohne den Bezug zur Mutter fehle dem Vater im allgemeinen der Bezug zum Kind. Manche Erfahrungen mit nicht-

387) Vgl. Haffter, Kinder aus geschiedenen Ehen, S. 75. Die Bindung des Kindes an die Mutter ist aber nicht naturnotwendig. Hat der Vater die pflegenden und erzieherischen Aufgaben im ersten Lebensjahr übernommen, so spielen sich Prägung und Fixierung weitgehend zwischen ihm und dem Kinde ab. Hier "kommt es...zu symbiotischen Beziehungen zwischen einem Vater und seinem Kind, mit deren entsprechenden Folgen" (siehe Biermann, Zeitwende 1974, 301).

388) Vgl. hierzu Michel, in: Vorträge über das Vaterproblem, S. 52; Goode, Soziologie der Familie, S. 34; Fechner, Rechtsphilosophie, S. 202 Fn. 27: "...während das Mutter-Kind-Verhältnis überwiegend biologisch durchgeordnet ist, überwiegen beim Vater-Kind-Verhältnis andere Ordnungselemente".

389) Eibl-Eibesfeldt, Liebe und Haß, S. 178. Vgl. ferner Horstmann, Zum Problem der personenrechtlichen Beziehungen, S. 57.

ehelichen Vätern scheinen diese Feststellung zu bestätigen³⁹⁰⁾. Schließlich ist auch zu berücksichtigen, daß Personen, deren Ehe scheitert, nicht selten gegenüber dem Durchschnitt der Bevölkerung in vermehrtem Maße psychisch gestört und bindungsunfähig sind³⁹¹⁾. Die Bindungsunfähigkeit mag sich in der anormalen Situation der Trennung von Vater und Kind zeigen, während sie in der normalen Familienlage, bei gegebener Lebensgemeinschaft, jedenfalls nicht in dieser deutlichen Weise offenbar würde.

Neben diesen "inneren Gründen", die in der Person des Vaters oder der des Kindes liegen, sind es auch oft äußere Gegebenheiten, die sich dem Umgangsrecht entgegenstellen. Vater und Kind können weit auseinander wohnen, so daß nur seltene Besuche möglich sind, die im Laufe der Zeit wegen der bisweilen eintretenden Entfremdung ganz unterbleiben. Auch werden den Besuchen des Vaters oft von der sorgeberechtigten Mutter Hindernisse in den Weg gelegt. Kommt es aber zum Kontakt zwischen Vater und Kind, trifft er das Kind verhetzt, eingeschüchtert und abweisend an und verzichtet auf die Qual weiterer Begegnungen. Mitunter dürfte das (scheinbare) Des-

390) Nach Has, Das Verhältnis der unehelichen Eltern zu ihrem Kinde, S. 156 haben die nichtehelichen Kinder in etwa drei Vierteln aller Fälle keinerlei persönliche Verbindung zu ihren Vätern. Auch Groth, Kinder ohne Familie, S. 159 - 168 hält in seiner Untersuchung nur in knapp 2 % aller Fälle die Vater-Kind-Beziehungen für tiefergehend. Daß die Zahlen beim nichtehelichen Kind noch weit ungünstiger sind als beim Scheidungskind, beruht darauf, daß das nichteheliche Kind dem Vater in der Regel von Anfang an unerwünscht ist und daß der Vater außerdem - anders als die meisten geschiedenen Väter - i.d.R. nicht die Gelegenheit gehabt hat, das Kind überhaupt kennenzulernen. Von Bedeutung dürfte auch sein, daß der nichteheliche Vater manchmal subjektiv nicht das Gefühl hat, wirklich der Vater zu sein; auch wendet sich die spätere Ehefrau i.d.R. gegen einen Kontakt des Vaters mit dem nichtehelichen Kind, während im Vergleich dazu die zweite Frau des geschiedenen Vaters wohl oder übel die Existenz des erstehelichen Kindes anerkennen muß.- Immerhin offenbart der Vergleich, daß die genannten Zahlen - auch ins Generelle übertragen - richtig sein könnten.

391) So wirkten in einer Untersuchung von Zuber, Gestörte Ehen, S. 51 57 % der Männer und 41 % der Frauen charakterlich abnorm. Hieraus erklärt sich wahrscheinlich zum Teil die von Arnold, a.a.O., S. 75 berichtete Tatsache aus den Untersuchungen der Kreisgerichte Flöha und Jena-Stadt, daß in den Fällen, in denen der Vater in der gerichtlichen Entscheidung das Sorgerecht erhalten hatte, die Mütter ihre Umgangsbefugnis nicht wahrnahmen.

interesse des Vaters auch daher rühren, daß er das Kind der wieder vervollständigten Familie der Mutter nicht entfremden will, in der das Kind gerade beginnt, sich erneut zu verwurzeln. Auch mag der Vater selbst durch eine zweite Eheschließung eine neue Familie gegründet haben und sein persönliches Leben und seine persönliche Fürsorge auf die zweitehelichen Kinder beschränken. Da sich mit diesen und ähnlichen Gründen die gegebenen Zahlen erklären lassen, bestehen keine Bedenken, sie auch generell als wirklichkeitsgerecht anzusehen. Wir wollen also davon ausgehen, daß in knapp der Hälfte aller Fälle - um einen Mittelwert zu nehmen - ein persönlicher Umgang zwischen dem abwesenden Elternteil und dem Kind nicht oder nur äußerst selten stattfindet.

Schon hiernach bestehen ernste Zweifel, ob das Umgangsrecht als Recht, das das Leben selbst gibt, anzusehen ist. Jedenfalls sind für die Nichtausübung des persönlichen Umgangs, ganz gleich auf welchen Gründen sie im einzelnen beruht, nicht das Gesetz oder die Gesellschaft verantwortlich, sondern die familiäre Wirklichkeit. Gesetz und Gesellschaft hindern den umgangsberechtigten Elternteil nicht, den Kontakt mit dem Kind zu pflegen, eher halten sie ihn dazu noch an. Zwar ist nicht bekannt, ob sich unter den angegebenen Fällen solche befinden, in denen das Gericht den persönlichen Umgang ausgeschlossen hat. Wenn überhaupt, sind es aber so wenige, daß sie nicht ins Gewicht fallen.

3. "Bereinigte" Daten über das Umgangsrecht

Wie schon angedeutet, sind die Daten über den persönlichen Umgang noch zu korrigieren, denn die Zahlen beziehen sich auf eine Wirklichkeit, die bereits durch das Recht geprägt ist. Sie weisen den tatsächlichen Umgang nicht so aus, wie es der Lebenswirklichkeit ohne ein Dazwischentreten des Rechts entspräche: zwar stellt es nämlich das Gesetz dem umgangsberechtigten Elternteil frei, ob er das Umgangsrecht ausüben will; nicht freigestellt ist es jedoch dem sorgeberechtigten Elternteil und dem Kind, ob sie das Umgangsrecht dulden wollen. Dem sorgeberechtigten Elternteil und dem Kind sind rechtlich Verpflichtungen in bezug auf den persönlichen Umgang auferlegt. Weil hinter den Ansprüchen des Vaters die Autorität des Gesetzes bzw. gesellschaftlicher Zwang steht, gibt die Mutter

(und das Kind) ihnen vielfach nach, meist ohne das Gericht anzurufen³⁹²⁾. Würde das Gesetz "dem Leben seinen Lauf lassen", so würde in einer noch größeren Zahl der Fälle das Umgangsrecht wegen der Weigerung der Mutter nicht zustande kommen³⁹³⁾. Der Widerstand gegen das Umgangsrecht, hervorgerufen durch die Gegensätze zwischen den geschiedenen Gatten und durch das psychische Bedürfnis des Kindes nach eindeutiger Identifikation, ist Teil einer Wirklichkeit, die nicht vom Staat oder von der Gesellschaft gemacht worden ist. Vielmehr manifestieren sich in dieser Wirklichkeit Arteigenheiten des Menschen, denen sowohl das Bestreben des sorgeberechtigten Elternteils, das Kind nach der Trennung vom Gatten ganz für sich zu haben, als auch das Bedürfnis des Kindes, ausschließlich einem Elternteil zuzugehören, entspringen. Freilich muß die Rechtsordnung nicht diesen biologischen Gegebenheiten fol-

392) Vgl. hierzu Zenz, in: Familie und Familienrecht, Band 2, S. 169.

393) Zum Verhalten des Elternteils ist Schwoerer, FamRZ 1969, 370 zu zitieren, der zu dem Vorschlag Dellians (FamRZ 1969, 366), den Umgang von einer Einigung der Eltern abhängig zu machen, wohl richtig meint, eine große Zahl der sorgeberechtigten Elternteile würde dann "schon aus reinem Egoismus jeden Umgang des Kindes mit dem anderen Elternteil verweigern." Es ist zu beachten, daß es im Text nicht um die Frage geht, ob das Gesetz dem Willen der Mutter entsprechen soll, wofür trotz der richtigen Feststellung Schwoerers überzeugende Gründe sprechen (vgl. vor allem Goldstein-Freud-Solnit, Jenseits des Kindeswohls, S. 38 und Simitis, im gleichen Band, S. 109), sondern um die Frage, ob das Umgangsrecht des BGB auf einer typischerweise bestehenden Ordnung in der Lebenswirklichkeit - also auf dem institutionellen Naturrecht - fußt.

gen³⁹⁴⁾. Die Natur der Sache verlangt nicht, den jeweils stärksten vitalen Trieben nachzugeben, weil die natürlichen Gegebenheiten - wie geschildert - nur unter Betrachtung ihres Sinnes binden³⁹⁵⁾, der dort, wo - wie beim Umgangsrecht - natürliche Bestrebungen aus verschiedener Richtung aufeinander treffen, ohnehin nur durch eine eigenständige Wertung des Gesetzgebers "festgelegt" werden kann³⁹⁶⁾. Der Hinweis auf die biologischen Bedingungen sollte lediglich deutlich machen, daß sich in der sozialen Wirklichkeit ohne die Aufforderung, die Mahnung und die Autorität des Rechts - also ohne das Eingreifen des Staates - die Fälle ausgeübten Umgangsrechts gegenüber den Angaben von Haffter und Goode noch weiter verringern würden. Nicht die Ordnung des Lebens bringt

394) Siehe hierzu Hassenstein, Universitas 1973, 288: "Aus dem Naturgeschehen lassen sich für den Menschen keine Wertmaßstäbe ableiten. Trotzdem ist die Kenntnis der menschlichen Natur für diejenigen, der Wertmaßstäbe vertreten oder beurteilen will, von entscheidender Bedeutung; denn noch so gut gemeinte humane, ethische und gesellschaftspolitische Forderungen können sich in ihrer Wertung ins Gegenteil des Gewollten verkehren, wenn sie die menschliche Natur nicht so voraussetzen, wie sie in Wirklichkeit ist. Die Verhaltensbiologie hat somit keine wertschaffende, aber eine um so stärker wertkritische Funktion." - Was Hassenstein für die Verhaltensbiologie ausführt, gilt generell für die Wissenschaft. Topitsch, Vom Ursprung und Ende der Metaphysik, S. 6, 265 sagt, die heutige Wissenschaft habe zwischen Erkennen und Werten zu unterscheiden gelernt und wolle nicht mehr das Universum verklären noch soziale Normen geben, sondern Regelmäßigkeiten des tatsächlichen Lebens feststellen und von daher auch eine kritische Analyse der metaphysischen Systeme ermöglichen. - Doch helfen die Sozialwissenschaften sicher auch beim Finden der Normen, indem sie Voraussetzungen für das sinnvolle Durchdenken der ethischen Probleme schaffen. So sieht Albert, in: Logik der Sozialwissenschaften, S. 199 gerade in der "voraussetzungslosen Erforschung der Zusammenhänge in der sozialen Wirklichkeit den Beitrag, den eine wertfreie Wissenschaft zu den Wertproblemen leisten kann". Auch Wickler, Antworten der Verhaltensforschung, betont im Vorwort seines Buches, daß die Verhaltensforschung "eine Überprüfung der ethischen Normen menschlichen Handelns erlaubt und erforderlich macht".

395) Vgl. Fechner, Rechtsphilosophie, S. 147; Radbruch, in: FS Rudolf Laun, S. 162.

396) Besonders Müller-Freienfels, Ehe und Recht, S. 65, der die selbständige Wertentscheidung des Gesetzgebers auch bei den "Ursprungsgemeinschaften" betont. Doch erkennt auch Müller-Freienfels an, daß der Gesetzgeber nicht vollkommen frei sei, wenn er ein sachgerechtes Ergebnis erreichen wolle: es bestünden "reale Punkte", die die willkürliche Setzung von Eherecht durch einen allmächtigen irdischen Gesetzgeber einschränkten.

in diesen Fällen das Umgangsrecht hervor, sondern der (potentielle oder reale) Zwang des Rechts. Beim Umgangsrecht besteht somit eine andere Situation als bei den sich selbst einrichtenden und regulierenden Gruppierungen des sozialen Lebens. Während bei diesen nur in Ausnahmefällen eine tiefer greifende Konfliktslage besteht - weshalb die Seinsgesetzlichkeiten das "Naturrecht der Regel" zu tragen vermögen -, ist eine Konfliktslage beim Umgangsrecht i.d.R. vorhanden, gleichgültig, ob sie vor Gericht in Erscheinung tritt oder nicht. Die verschiedenen Positionen der beim Umgang notwendigerweise beteiligten Personen konvergieren nicht und gleichen sich oft nicht von selbst aus: zumindest nicht in der Weise, wie es das Gesetz in bezug auf das Umgangsrecht vorzuschreiben versucht.

Freilich einigen sich Eltern in nicht wenigen Fällen, ohne dazu durch den Zwang des Rechts motiviert zu werden: Der Umgang wird vom sorgeberechtigten Elternteil aus richtigem sittlichem Gefühl heraus zugestanden, vom anderen Elternteil als selbstverständliches Recht in Anspruch genommen. Aber auch in diesen vergleichsweise günstig liegenden Fällen ist nicht gesagt, daß hier der Weg beschritten wird, den die Natur vorschreibt. Denn das Kind kann sich dennoch in einer seelischen Konfliktsituation befinden und die Besuche als bedrückend erleben. Würden seine seelischen Bedürfnisse etwas gelten, so würden die Besuche auch dann noch häufig auf Ablehnung stoßen, wenn der sorgeberechtigte Elternteil diese billigt³⁹⁷). Zwar ist es richtig, daß sich das Kind i.d.R. zu beiden Eltern hingezogen fühlt³⁹⁸). Zumindest ist dies in der intakten Familie zu beobachten. Wenn dies aber in der emotional oder faktisch getrennten Familie meist nicht der Fall ist, so deutet das darauf hin, daß die Liebe des Kindes zu beiden Eltern im allgemeinen nur unter der Voraussetzung bestehen kann, daß die Eltern miteinander harmonieren und dem Kind in der Grundtendenz

397) Siehe Haffter, Kinder aus geschiedenen Ehen, S. 79: "Wenn wir nur wenige Fälle aufzählen konnten, in denen die Besuche wegen des konsequenten Widerstandes der Kinder unterblieben, so sind jene um so zahlreicher, in denen die Kinder zwar gehorsam zum Vater gingen, aber ausgesprochen darunter litten und sich sobald als möglich von diesem Zwang zu befreien suchten."

398) Siehe Lücken, in: Jahrbuch für Jugendpsychiatrie und ihre Grenzgebiete, S. 185 und Schwoerer, NJW 1964, 7.

einig, nicht aber als gegeneinander wirkende Elternteile gegenüber³⁹⁹⁾.

Auf den Willen des Kindes abgestellt, würden sich die Fälle ausgeübten persönlichen Umgangs mutmaßlich weiter vermindern. Das gilt auch dann, wenn wir berücksichtigen, daß sich das Kind in manchen Fällen, in denen es den Vater bisher nicht oder nur selten sieht, einen erweiterten Umfang wünschen würde. Zwar steht hinter dem Kind - wenn, wie unterstellt, die Mutter sich ihm nicht anschließt - keine reale Macht, die seinen Willen durchsetzen könnte. Doch sollten nicht die Machtverhältnisse geklärt werden: es wurde nur geprüft, inwieweit tatsächliche Lebenssachverhalte in der Weise geordnet sind wie es das Gesetz vorsieht⁴⁰⁰⁾. Da der persönliche Umgang in der Lebenswirklichkeit, träte das Recht nicht dazwischen, in noch weniger Fällen als von Haffter und Goode genannt, "von selbst" zustande käme, handelt es sich beim Umgangsrecht nicht um ein Recht, das "das Leben gibt". Hier sind keine Seinsgesetzlichkeiten rechtlich verfestigt. Schon das Bestreben zum Kontakt mag beim abwesenden Elternteil nicht "naturgegeben" sein. Das ist freilich nicht eindeutig zu belegen, weil nicht ausreichend bekannt ist, auf welchen Gründen die häufig anzutreffende Zurückhaltung des umgangsberechtigten Elternteils beruht. Sicher aber dürfte sein, daß die Gesamtsituation des Umgangsrechts wegen der im Leben zumeist fehlenden Übereinstimmung von Mutter, Kind und Vater nur in einem geringen Prozentsatz der Fälle "geordnet" ist. Als natürlicherweise vorgegeben kann ein Zustand nur angesehen werden, wenn die Ordnung die Regel ist, also die überwiegende Anzahl der Fälle ergreift und nicht

399) Statt vieler Rempelin, Die seelische Entwicklung des Menschen im Kindes- und Jugendalter, S. 605; Lempp, NJW 1963, 1661, NJW 1964, 441.

400) Es ist nicht leichtzunehmen - etwa als Laune abzutun -, daß das Kind den abwesenden Elternteil oft nicht besuchen will. Bedenkt man zum Vergleich die erwähnte Tatsache, daß sogar schwer mißhandelte Kinder im allgemeinen zu ihrer Mutter zurück wollen, von der man sie wegnehmen mußte (s. Hassenstein, Verhaltensbiologie des Kindes, S. 49, 421), so wird deutlich, wie stark die Bindung des Kindes an seine Bezugsperson ist und wie sehr es die Position des abwesenden Elternteils beeinträchtigt, daß das Kind im sorgeberechtigten Elternteil bereits eine Bezugsperson besitzt, die dem abwesenden Elternteil im allgemeinen negativ gegenübersteht.

nur einen geringen Teil der Sachverhalte. So betrachten wir das soziale Mutter-Kind-Verhältnis - also das Mutter-Kind-Verhältnis, das nach der Geburt des Kindes entsteht - deshalb als naturgegeben, weil sich die Mütter in aller Regel ihren Kindern widmen und es nur wenige Mütter sind, die dies nicht tun (auch das meist nur aufgrund bedrängender Lebensumstände, psychischer Krankheiten oder fehlender eigener Muttererfahrungen in der Kindheit⁴⁰¹). Wäre das Verhältnis der betreuenden Mütter zu den nicht betreuenden umgekehrt - etwa so wie das Verhältnis der interessierten zu den nicht interessierten nichtehelichen Vätern -, so würden wir nicht von einer "vorgegebenen Ordnung" im Mutter-Kind-Verhältnis sprechen können⁴⁰²).

Denken wir über die Gründe nach, warum die Beziehungen des abwesenden Elternteils zum Kind unausgeglichen sind: Es dürfte richtig sein, dies wesentlich darauf zurückzuführen, daß sich die Begegnungen nicht innerhalb, sondern außerhalb der "originären" familiären Gruppierung des sozialen Lebens vollziehen. Das Leben gliedert in familiäre Kleingruppen, deren wesentliches Zeichen neben der Lebensgemeinschaft vor allem das Bewußtsein der Zusammengehörigkeit ist. An einer Lebensgemeinschaft fehlt es zwischen dem Kind und dem abwesenden Elternteil immer, das Gefühl

401) Siehe zum letzten Punkt Wickler, Antworten der Verhaltensforschung, S. 186; Schmalohr, Frühe Mutterentbehrung, S. 158.

402) So wird - soweit ersichtlich - für den typischen Fall des Vater-Kind-Verhältnisses von keiner Seite eine "vorgegebene Ordnung" zwischen dem nichtehelichen Vater und seinem Kind angenommen (bezogen auf unsere Kultur und unsere Zeit - auf beides bezieht sich auch nur die Natur der Sache). Auch wenn eine solche Ordnung nicht besteht, ist es eine rechtspolitisch bedenkenswerte Frage, wie man die Beziehungen des nichtehelichen Vaters zum Kind stärken könnte. In gewissem Ausmaß ist das Desinteresse des typischen nichtehelichen Vaters sicher auch von einer Umwelt hervorgerufen, die nichts Positives von ihm erwartet (Gernhuber, FamRZ 1973, 244). Erweiterte Rechte für den nichtehelichen Vater werden aber in der Regel daran scheitern, daß man nichteheliche Kinder nicht in die mißliche Situation der Kinder aus geschiedenen Ehen bringen will (siehe hierzu vor allem Horstmann, Zum Problem der personenrechtlichen Beziehungen, S. 85 f. m.w.N.). Siehe aber auch Knöpfel, FamRZ 1966, 411: Nach einer Mitteilung des Jugendamts Stockholm ergeben sich in der Praxis weit größere Schwierigkeiten beim Umgangsrecht der geschiedenen Eltern als bei dem des nichtehelichen Vaters.

der Zusammengehörigkeit kann beim Kind, aber auch beim abwesenden Elternteil nicht vorhanden oder verlorengegangen sein. Aber selbst dann, wenn der abwesende Vater und das Kind noch einander verbunden sind, ist die Situation schwierig. Wegen der Verflochtenheit beider in gegensätzliche primäre Verbände ist ihre Verbindung durch die anderen Gruppenmitglieder leicht störbar. Das ist beim Kind offenkundig: es kann sich dem emotionalen Einfluß der Mutter praktisch nicht entziehen. Dies ist aber auch beim Vater der Fall: man denke daran, wie ungünstig sich häufig die Gründung einer neuen Familie auf die Beziehung des Vaters zum erstehelichen Kind auswirkt. Die jeweiligen sozialen Gruppen rangieren seinsmäßig vor der Verbindung des Kindes zum umgangsberechtigten Elternteil. Ein lebensmäßiger Zusammenhalt ist zwar innerhalb der einzelnen Gruppen gegeben: der Mutter-Kind-Gruppe auf der einen Seite, wobei es relativ gleichgültig ist, ob diese Gruppe durch das Hinzutreten eines Stiefvaters vervollständigt wurde, der Gruppe Vater-zweiteheliche Frau-zweiteheliches Kind auf der anderen. Diese Gemeinschaften sind reale "Ursprungsgemeinschaften", an deren autonomer Ordnung das Recht nicht vorbeigehen kann. Der Zusammenhalt zwischen dem abwesenden Elternteil und dem Kind ist aber nicht als Regel in der Lebenswirklichkeit vorgebildet. Das Recht ist daher durch die sozialen Sachverhalte nicht auf ein Umgangsrecht für den abwesenden Elternteil festgelegt. Soweit ersichtlich ist, besteht keine außerrechtliche Ordnung, die der Rechtsordnung den Weg vorzeichnen könnte. Das Umgangsrecht ist kein institutionelles Naturrecht. Vielmehr ist der Gesetzgeber wesentlich frei, wie er die Beziehungen regeln will. Er kann sich dazu entschließen, die Ordnung des Sachverhalts den Beteiligten selbst zu überlassen, er kann versuchen, die Mutter-Kind-Gruppe im Interesse des Kindes durch die Versagung eines Rechtsanspruchs des abwesenden Elternteils zu stärken, oder er kann schließlich darum besorgt sein, die Verbindung des Kindes zum abwesenden Elternteil aufrechtzuerhalten, sofern dieser nur will. Wie der Gesetzgeber entscheiden soll, ist nicht unser Problem. Wichtig ist hier allein, daß keine Lösung - auch nicht die letzte - vom institutionellen Naturrecht vorgezeichnet ist.

Zusammenfassend halten wir fest: Das Verlangen nach einer Orientierung des Rechts an der Natur der Sache beinhaltet die Forderung,

die Rechtsordnung an den Lebensverhältnissen auszurichten. Bei der Regelung des persönlichen Umgangs sind jedoch keine Seinsgegebenheiten anzutreffen, die dem Recht den Weg vorzeichnen könnten. Der Gesetzgeber ist vielmehr im wesentlichen frei, wie er entscheiden will: Ob er die Notwendigkeit einer einheitlichen Erziehung durch einen Elternteil betonen will, ob er den seelischen Bedürfnissen des Kindes dadurch Rechnung zu tragen versucht, daß er auf den Willen des Kindes abstellt, oder ob er schließlich die Verbindung des Kindes zum abwesenden Elternteil auch gegen Widerstände aufrechterhalten will, ist ihm - dem Gesetzgeber - überlassen, genauso etwa wie die Entscheidung, das Umgangsrecht vielleicht ganz im rechtsfreien Raum zu halten, also die Regelung dem Leben selbst anheimzugeben. Die Natur der Sache schreibt keine Lösung vor: auch nicht die des BGB.

6. Kapitel: Zum Sinn der "Wesens"forschung in bezug auf das Umgangsrecht - Eine Auseinandersetzung mit der Kritik

I. Ist der Streit um das Wesen des Umgangsrechts "müßig" oder "unfruchtbar und eher störend"?

Die folgenden Ausführungen bezwecken, den Nutzen der vorliegenden Untersuchung näher zu zeigen. Dazu besteht Veranlassung, weil Stellungnahmen aus jüngster Zeit dem Streit über das Wesen des Umgangsrechts keine Bedeutung beimessen. So heißt es bei Palandt-Diederichsen⁴⁰³⁾: "Müßig (ist) der Streit um die Deutung des Verkehrsrechts als Teil der Personensorge (Arg. behält)⁴⁰⁴⁾, als natürliches Elternrecht⁴⁰⁵⁾ oder als bleibender Ausdruck der persönlichen Verbundenheit zwischen Elternteil und Kind"⁴⁰⁶⁾.

Wenngleich es begrüßt werden muß, daß dieser Kommentar nach der Neubearbeitung durch Diederichsen nicht mehr der Lehre vom natürlichen Elternrecht folgt, kann es nicht befriedigen, den Streit um das Wesen des Umgangsrechts unter Einschluß der hier dargelegten Ansicht als "müßig" bezeichnet zu sehen, zumal Diederichsen eine nähere Begründung dieser Auffassung nicht gibt. Allerdings wird man hierfür wegen des beschränkten Raumes, der dem Kommentator zur Verfügung steht, Verständnis haben müssen; außerdem ist in einem für die Rechtspraxis bestimmten Kurzkomentar nicht der Platz, eine dem unmittelbaren Tagesgeschäft ferner liegende Frage abzuhandeln. Auf die Äußerungen von Palandt-Diederichsen bezogen, wird im folgenden die Aufgabe sein, die grundsätzliche Bedeutung der hier vertretenen Auffassung vom Wesen des Umgangsrechts für das zutreffende Verständnis des Umgangsrechts zu zeigen, aber auch die Relevanz des Streites für die Entscheidung von konkreten Rechtsproblemen in der Praxis des Richters darzulegen.

403) Palandt-Diederichsen, 35. Aufl. 1976, § 1634 Anm. 1a.

404) Folgt der Hinweis auf RG 153, 238; Gernhuber, Lehrbuch, § 53 III 1.

405) Folgt der Hinweis auf Beitzke, FamRZ 1958, 10; Dölle, Familienrecht, § 98 I 1.

406) Folgt der Hinweis auf meine Ausführungen in FamRZ 1972, 485.

Nicht nur als gegenstandslos, sondern sogar als der Rechtsfindung hinderlich, sieht Franziska-Sophie Evan-von Krbek den Streit um das Wesen des Umgangsrechts an. In ihrem Aufsatz "Das natürliche Elternrecht - Störfaktor oder Hilfsmittel für eine familiengerechte Rechtsfindung und Rechtspolitik"⁴⁰⁷⁾ befaßt sie sich auch mit den Auffassungen zur Rechtsnatur des Umgangsrechts. Die Verfasserin schreibt hierzu im wesentlichen, daß die Berufung auf das angebliche Wesen des Umgangsrechts nur zu einer Verschleierung der Probleme führe, wann im Einzelfall die Gewährung eines Umgangsrechts angemessen und sachgerecht sei. Das Wesensargument habe - gleich der Konstruktion - seinen Ursprung und Standort in der Begriffsjurisprudenz des vorigen Jahrhunderts und sei heute zwar noch metaphysisch reizvoll, jedoch logisch und in der praktischen Rechtsanwendung unfruchtbar und eher störend. Denn die Normen unserer Gesetze seien, so führt sie mit Heck aus, "Ergebnisse der Interessenwertung und nicht Durchführung von Ordnungsbegriffen oder Theorien"⁴⁰⁸⁾.

Bezogen auf die Darlegungen der eben genannten Verfasserin ist zu zeigen, daß die Ergründung des "Wesens" des Umgangsrechts - auch im Lichte der Wertungsjurisprudenz betrachtet - methodisch korrekt ist, der Lösung von Sachproblemen dient und zur notwendigen Fortentwicklung des Rechts beiträgt. Zwar bezwecken die Ausführungen der Autorin konkret eine Auseinandersetzung mit der Lehre vom natürlichen Elternrecht und müssen auch in diesem Zusammenhang gesehen werden. Die Verfasserin erwähnt jedoch auch die in dieser Arbeit näher ausgearbeitete - in den Grundzügen schon früher niedergelegte⁴⁰⁹⁾ - Auffassung und will zudem ihre Kritik der Wesensschau allgemeingültig verstanden wissen: daher ist auch zu den von ihr angeschnittenen methodischen Problemen der "Wesens"-forschung Stellung zu nehmen. Hiermit wollen wir im folgenden beginnen.

Es mögen auch heute noch "Wesens"argumente anzutreffen sein und es werden vielleicht auch heute noch Schlüsse aus der Rechtsnatur eines Instituts gezogen, die auf der Inversionsmethode der Be-

407) ZBlJugR 1976, 45 f.

408) ZBlJugR 1976, 52.

409) FamRZ 1972, 485 f.

griffsjurisprudenz - der der Hauptangriff Hecks galt⁴¹⁰⁾ - fußen und somit der Wertungsjurisprudenz zuwiderlaufen. Die auf der Inversionsmethode aufbauende - auch von Evan-von Krbek beschriebene - Wesensforschung versuchte, durch Deduktion aus gesetzlichen Oberbegriffen neue, im Gesetz in dieser Form noch nicht enthaltene Einzelwertungen abzuleiten. Bewußt wird diese Art der Wesensforschung heute allerdings nicht mehr geübt, wenngleich sie noch unfreiwillig in manche rechtliche Begründung einfließen mag. Wie dem auch sei: Mit der begriffsjuristischen Inversionsmethode hat derjenige weder bewußt noch unbewußt etwas zu schaffen, der mit dem rechtlichen Wesen einer Norm Bewertungsmaßstäbe umschreibt, der versucht, die für die gesetzliche Vorschrift geltende Leitidee der Interessenbewertung herauszuheben. Wer im "Wesen" den rechtlichen Sinn eines Instituts sieht, den Inbegriff der Ordnungs- und Gerechtigkeitsvorstellungen des Gesetzgebers über eine bestimmte Norm oder einen bestimmten Normenkomplex⁴¹¹⁾, verwendet das Wesensargument wertungsjuristisch gesehen legitim. Wer das Gesetz richtig verstehen will, ist sogar gehalten, zu den leitenden Rechtsgedanken durchzustoßen. Nur von daher kann er wissen, ob das Gesetz evtl. beschränkend, ergänzend oder berichtigend auszulegen ist⁴¹²⁾. In der rechtstheoretischen Literatur ist demgemäß anerkannt, daß es die "Hauptaufgabe der Auslegung" ist, die "Grundprinzipien des Gesetzes zu entdecken und aus diesen Grundgedanken heraus das Gesetz zu ergänzen und fortzubilden"⁴¹³⁾. In ähnlicher Weise betont Coing mit Recht, daß letzte Grundlage aller Rechtsanwendung die "Besinnung auf die Wertungen sein (muß), auf denen unsere Rechtsordnung beruht"⁴¹⁴⁾.

Bei Rechtsvorschriften, denen bereits im Sozialleben vorhandene Gebilde zugrunde liegen, zu denen das Recht nur hinzutritt - das ist auch der Fall beim Eltern-Kind-Verhältnis -, berührt sich die Wesensforschung im genannten Sinne mit dem "institutionellen Rechts-

410) Siehe z.B. Heck, Begriffsbildung, S. 66 f., 91 f. Vgl. auch Larenz, Methodenlehre, S. 59.

411) Westermann, Vertragsfreiheit, S. 85.

412) Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 180.

413) Stoll, in: Festgabe für Philipp Heck u.a., S. 96. Siehe auch Tipke, StuW 1971, 5: "Erst die Herausarbeitung der Primärwertung, des leitenden Grundgedankens...erschließt den wahren normativen Gehalt des Rechts."

414) Coing, JZ 1951, 485.

denken". Den Vorzug eines Denkens in Rechtsinstituten legt Forsthoff dar: Er sieht ihn in gleicher Weise in der Eröffnung gegenüber den tragenden Grundgedanken des Rechts wie in der "Eröffnung gegenüber der Wirklichkeit als der Realität der gegebenen Zustände"⁴¹⁵⁾. Übertragen wir diese Worte auf das "Wesen" eines Rechtsinstituts, so wird dieses damit gleichzeitig von der Lebenssituation, der sozialen Wirklichkeit, wie von den in der Rechtsgemeinschaft herrschenden sittlichen Gedanken (über diese) bestimmt. Dies können wir beim Wesen des Umgangsrechts, wie es in dieser Arbeit verstanden wird, deutlich sehen. Ähnlich wie Forsthoff meint Coing unter Bezugnahme auf Savigny, daß die von der Sittlichkeit des Volksgeistes durchdrungenen und gestalteten Rechtsinstitute - wie etwa Ehe, Familie, väterliche Gewalt, Eigentum usw. - auch den Inhalt der Rechtsnormen vorzeichneten. Die diese Institute beherrschenden sittlichen Gedanken bestimmten zugleich die Auslegung der ihnen zugehörigen Einzelnormen und dienten der Schließung eventueller Lücken. Ein auf den Rechtsinstituten aufbauendes System, das versuche, eine im Sozialleben immanente Ordnung wiederzuspiegeln, sei gerade deshalb "auch für die Rechtspraxis fruchtbar"⁴¹⁶⁾.

Auch H.-P. Westermann betont die Wichtigkeit der Wesenserkenntnis für die zutreffende Interpretation des Rechts. Die Wesensforschung berücksichtige nämlich das Verfahren der Gesetzgebung: der Gesetzgeber habe weitgehend typische Lebensvorgänge vor Augen und versuche, diese zu regeln. Die auf typische Verhältnisse zugeschnittenen Rechtssätze gewannen durch ihre juristisch-technische Fassung zwar die Fähigkeit zur gleichmäßigen und gerechten Anwendung, litten aber gerade deshalb auch an einer gewissen Sinnentleerung. Vor dieser Sinnentleerung werde die Rechtsanwendung durch die Wesensforschung bewahrt⁴¹⁷⁾. Ähnlich weist

415) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 166.

416) Coing, Juristische Methodenlehre, S. 57.

417) Westermann, Vertragsfreiheit, S. 60. Siehe auch Larenz, Methodenlehre, 2. Aufl., S. 418, der darauf hinweist, daß häufig die gesetzliche Übernahme eines in der Lebenswirklichkeit ausgebildeten Instituts unter dem Eindruck einer Gesamtvorstellung vor sich gehe. Die Bildung eines abstrakten Begriffs für dieses Institut führe von der an sich notwendigen Anschauung des Instituts als einem Sinnganzen fort, mit der Folge der inhaltlichen Verarmung des Begriffs: sie verhindere es, den "institutionellen Sinn" einer Regelung zu erfassen. Siehe ferner Larenz, Methodenlehre, 3. Aufl., S. 33, 439, 457.

Larenz darauf hin, daß häufig die gesetzliche Übernahme eines in der Rechtswirklichkeit ausgebildeten Instituts unter dem Eindruck einer Gesamtvorstellung vor sich gehe. Die Bildung eines abstrakten Begriffs für dieses Institut führe von der an sich notwendigen Anschauung des Instituts als einem Sinnnganzen fort, mit der Folge der inhaltlichen Verarmung des Begriffs: sie verhindere es, den "institutionellen Sinn" einer Regelung zu erfassen.

Zusammenfassend werden also durch die Wesensforschung die gesetzlichen Tatbestände daraufhin untersucht, welche Lebenssachverhalte ihnen zugrunde liegen und welche Vorstellungen und Gedanken mit ihnen verbunden sind. Das Zurückgehen auf das Wesen des vom Gesetz angesprochenen Sachverhalts (Coing) und das Erforschen des mit dem Sachverhalt in Zusammenhang stehenden leitenden Grundgedankens soll helfen, die Sinnentleerung, die auftreten kann, wenn man das Gesetz lediglich an seinen Worten mißt, zu vermeiden. Die Wesensforschung im eben genannten Sinne hat also mit Begriffsjurisprudenz nichts zu schaffen. Sie bildet vielmehr - indem sie mit Blick auf die Lebenswirklichkeit den Wortlaut des Gesetzes auf seinen Sinn hinterfragt - das notwendige Gegengewicht und die notwendige Ergänzung zur partiell gleichfalls legitimen Rechtsfindung und Ableitung von Rechtssätzen aus gesetzlichen Begriffen⁴¹⁸⁾.

Beziehen wir diese generellen Ausführungen zur Bedeutung und Berechtigung der Wesensforschung nun konkret auf die Auffassungen zum Wesen des Umgangsrechts. Die Lehre vom Restbestandteil entspricht nicht, das wurde schon oben dargelegt, dem Wesen im eben genannten Sinne: sie beinhaltet lediglich eine juristische Konstruktion. Die Lehre vom natürlichen Elternrecht sowie die hier vertretene Auffassung können hingegen in Anspruch nehmen, das Wesen in der theoretisch geschilderten Art zu begreifen. Das soll

418) Zur Legitimität einer partiellen Begriffsjurisprudenz siehe Larenz, Methodenlehre, 3. Aufl., S. 197 f. Larenz weist aber noch auf folgendes hin (S. 205): "Der Nachteil begrifflicher Festlegung besteht darin, daß die begrifflichen Merkmale häufig entweder nicht alle Fälle decken, die von der ratio legis her gesehen gemeint sind, oder umgekehrt auch solche, auf die diese nicht zutrifft".

im folgenden belegt werden. Wir beginnen mit der Erörterung der zuerst genannten Lehre und folgen dann mit der hier dargelegten Ansicht.

II. Sind die methodischen Bedenken begründet?

1. Ist die Lehre vom natürlichen Elternrecht methodisch richtig?

Die Lehre vom natürlichen Elternrecht erkennt richtig, daß das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern eine der Grundbeziehungen des menschlichen Daseins ist⁴¹⁹⁾ und in der Hauptsache durch natürliche Tatsachen bestimmt wird. Deshalb richtet die Lehre den Blick zunächst auf das in der Lebenswirklichkeit anzutreffende Gebilde des Eltern-Kind-Verhältnisses und untersucht dieses auf seine rechtliche Bedeutung. Der Blick der juristischen Betrachter bleibt an der Gegebenheit der Blutsverwandtschaft haften. In ihr sieht man aus bestimmten Gründen, die später noch im einzelnen dargelegt werden sollen, das wesentliche Element des Eltern-Kind-Verhältnisses. Von diesem Element aus, das man auch im Recht als tragendes zu erkennen meint, wird versucht, das Umgangsrecht zu erklären.

Zunächst sieht man zweifelsfrei die Lebenswirklichkeit richtig. Man erkennt auch das soziale Problem: daß nämlich durch die Scheidung der Ehegatten nicht nur das Band zwischen ihnen gelöst wird, sondern die Familie auseinanderfällt. Dies schon ganz real, weil sich die Eltern des Kindes trennen und das Kind im Regelfalle nur bei einem Elternteil bleibt. Vornehmlich in Anknüpfung an diese Wirklichkeit und um außerdem klare Verhältnisse bezüglich der primären Verantwortlichkeit für das Kind zu schaffen und die Gefahr widerstreitender Erziehungseinflüsse zu bannen, weist der Staat nur einem Elternteil das bisher den Eltern gemeinsam zustehende Elternrecht zu (§ 1671). Der Staat sieht sich aber dann

419) Vgl. hierzu näher Heinen, Werden und Reifen des Menschen, S. 67, der zutreffend ausführt, daß die personalen Bezüge zu den "acht Grundgestalten" (Vater, Mutter, Sohn, Tochter, Bruder, Schwester, Mann, Frau) für das menschliche Leben weit wichtiger sind als die sachlichen Bezüge zu den Dingen. Siehe auch Schelsky, Die skeptische Generation, S. 20: Familie als "soziales Grundgebilde".

vor die Aufgabe gestellt, auch die Beziehungen des anderen Elternteils zum Kind zu regeln. Mit § 1634 wird versucht, diese Aufgabe zu lösen. Nach Ansicht der herrschenden Meinung liegt dieser Lösung folgender Gedanke zugrunde: Weil auch der nicht personensorgeberechtigte Elternteil - ebenso wie der Inhaber des Sorgerechts - mit dem Kinde blutsverwandt ist, muß ihm eine rechtlich gesicherte Verbindung zum Kind bleiben: das Umgangsrecht (§ 1634). Wertungsmäßig beruht das Umgangsrecht somit auf der Blutsverwandtschaft.

In dieser Denkvorstellung liegt noch keine Metaphysik. Diese Lehre fußt in methodischer Hinsicht auf gesichertem Grund, denn sie verfährt so, wie es theoretisch zur Wesensforschung geschildert wurde. Sie steht außerdem, indem sie den Blick auf die empirisch vorhandene Wirklichkeit richtet und in enger Anlehnung an diese wertet, voll in der abendländisch-rationalistischen Tradition, die die Erkenntnis aus der Natur ihres Gegenstandes schöpft⁴²⁰⁾. Auch ist nicht zu bestreiten, daß die Gegebenheit, die den Ausgangspunkt der Wertung der herrschenden Meinung bildet, für die Familienverfassung, wie sie sich im Leben darbietet, also auch für das Umgangsrecht, bedeutsam ist. Es ist zweifelsfrei ein Kennzeichen der heutigen Familie, daß die jüngere Generation von der älteren abstammt. Das drückt sich in der Umgangssprache aus, die in gewisser Hinsicht die Volksanschauung repräsentiert. Hier wird bekanntlich differenziert zwischen Eltern und Kindern, die durch Zeugung und Geburt miteinander verbunden sind und solchen, bei denen das nicht der Fall ist: Adoptiveltern, Pflegeeltern, Stiefeltern werden mit im einzelnen allerdings unterschiedlicher Gefühlsbetonung sprachlich von blutmäßigen Eltern abgehoben. Das gleiche gilt bezüglich der Kinder⁴²¹⁾.

Fraglich ist allerdings bei der unterschiedlichen sprachlichen Behandlung, welche Hälfte der entsprechenden Worte in der Volksanschauung als die wichtigere empfunden wird: die zweite Hälfte, die

420) Siehe Mikat, FamRZ 1963, 67.

421) Zur Bedeutung der Blutselternschaft verweist Gernhuber, FamRZ 1973, 236 auf den "genetischen Elternbegriff der Umgangssprache", der in bezug auf "Stiefeltern", "Adoptiveltern" und "Pflegeeltern" "deutlich gekennzeichnete Verwerfungen" erfahre.

die Eigenschaft der betreffenden Personen als Eltern hervorhebt oder die erste Hälfte, die den Unterschied zu den blutmäßigen Eltern herausstellt. Wir wollen diese Frage einstweilen noch unbeantwortet lassen, da es uns hier lediglich darauf ankommt, zu zeigen, daß die herrschende Lehre die tragende Wertung aus der Anschauung des Eltern-Kind-Verhältnisses, wie es sich in der sozialen Wirklichkeit darbietet, gewinnt, und daß diese Wertung sicherlich keine völlig neben der Sache liegenden Merkmale betont.

Positiv ist an der herrschenden Lehre weiter zu beurteilen, daß der leitende Gesichtspunkt der Lehre nicht in einer rein weltanschaulichen, von außen an das Eltern-Kind-Verhältnis herangetragenen These besteht, von welcher man behauptet, sie müsse das Eltern-Kind-Verhältnis kennzeichnen. Schon weil es keine bloße Denkvorstellung über das "richtige" Eltern-Kind-Verhältnis ist, von der die herrschende Lehre ausgeht, sondern die empirisch feststellbare Tatsache der Blutsverwandtschaft, kann diese Auffassung nicht grundsätzlich falsch sein, wird sie zumindest in gewissem Umfang ihre Berechtigung haben⁴²²⁾. Kann somit der Vorwurf des völligen Mißgriffs und der unhaltbaren Wertung schon in sachlicher Hinsicht nicht erhoben werden, so ist er in methodischer Hinsicht erst recht nicht berechtigt: methodisch ist das Verfahren unangreifbar. Metaphysisches Gedankengut wird erst durch die Verknüpfung der Blutsverwandtschaft mit dem natürlichen Elternrecht in die Rechtsordnung eingebracht, wovon aber an dieser Stelle nicht zu sprechen ist.

2. Ist die hier vertretene Auffassung methodisch korrekt?

Auch die hier vertretene Ansicht richtet den Blick auf das in der Lebenswirklichkeit anzutreffende Gebilde des Eltern-Kind-

422) E. Fromm, Wissenschaft und Weltbild 1975, 21 schreibt richtig, daß der Mensch bisher noch "nie ein ganz richtiges Bild" von der Welt hatte, "vielleicht auch noch nie ein ganz falsches Bild". Das trifft m.E. auf die h.M. zu, aber auch auf die hier vertretene Auffassung. Doch wird bezüglich der letztgenannten Ansicht in Anspruch genommen, daß diese der heutigen Zeit besser gerecht wird als die Gegenmeinung.

Verhältnisses, weil man auch hier weiß, daß das Eltern-Kind-Verhältnis wesentlich durch natürliche Tatsachen bestimmt wird, die der Rechtsordnung vorausliegen. Auch hier wird die rechtliche Bedeutung dieser Lebenserscheinung erforscht. Dabei fallen uns aber andere Tatsachen ins Auge als der herrschenden Lehre. Wir sehen neben der Abstammung auch noch andere Gegebenheiten. Wir erkennen zwar, daß es ohne Zeugung und Geburt, ohne das Bewußtsein der gemeinsamen Erbanlagen und des eigenen Fortlebens in den Kindern⁴²³⁾, die heutige Familie nicht gäbe⁴²⁴⁾. Wir sehen aber auch, daß die Familie ohne die Hilflosigkeit des Kindes, ohne seine lange Reifungszeit ebenfalls nicht vorhanden wäre. Kämen Kinder bereits fertig zur Welt, wären sie nicht erst jenseits der Pubertät "Nestflüchter", sondern bereits kurz nach der Geburt: Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern in der heutigen Form wären undenkbar. Auch das Angewiesensein des Kindes auf Schutz und Fürsorge durch andere Personen ist ein Grund der Familie⁴²⁵⁾ und damit Ursache der Rechtsposition der Eltern. Wenn auch das Elternrecht den Eltern im allgemeinen mit der Geburt des Kindes zufällt, entsteht es doch, dem Grundgedanken nach, nicht

423) "Die Liebe zum Kind ist nichts anderes als eine Form des Willens zum Weiterleben" (J. Goebbels, Tagebucheintrag vom 13. August 1926, zitiert nach Heiber, Joseph Goebbels, S. 407).

424) So liegt nach B. Malinowski, dem wegweisenden Erforscher primitiver Gesellschaften, der Ursprung der Familie in ihrer Funktion, legitime Nachkommen zu erzeugen (vgl. Bidney, Theoretical Anthropology, S. 225).

425) Diese Bedeutung der Familie wurde besonders durch die Hospitalismusforschung (R.A.Spitz u.a.) ins Bewußtsein gehoben (vgl. Fürstenau, Soziologie der Kindheit, S. 23 f., 34 f., 105 f.). Inzwischen sieht die Familiensoziologie, nicht zuletzt unter dem Eindruck der Sozialisationsforschung, in dieser Funktion das "Wesen" der Familie. So vertritt Claessens, Familie und Wertsystem, S. 10 die Auffassung, daß "die biologische Erhaltung des Kleinkindes als Funktion der Kernfamilie...grundsätzlich nicht in Frage zu stellen" sei. Diese Auffassung der Familie ist völlig herrschend und wird auch von konservativen Soziologen voll anerkannt: Schelsky, Soziologie der Sexualität, S. 27 sieht die Ursache der Familie "eher im Brutpflegetrieb als im Geschlechtstrieb" und führt weiter aus, "daß die beim Menschen gegenüber allen Tieren ungewöhnlich lange Zeit der Kindheit und der Unfertigkeit der Verhaltensformen eine viele Jahre dauernde Fürsorge der Mutter für das Kind erzwingt und damit ein Dauerverhältnis zwischen Mutter und Nachkommenschaft, in das aus Gründen der Lebenssicherheit und des Lebensunterhalts der Vater miteinbezogen wird".

eigentlich "durch Zeugung und Geburt", sondern deshalb, weil der Gesetzgeber davon ausgeht, "daß diejenigen, die einem Kinde das Leben gegeben haben, von Natur aus bereit und berufen sind, die Verantwortung für seine Pflege und Erziehung zu übernehmen"⁴²⁶). Und so lautete die erste These, daß auf dieser sozialen Elternschaft, die der Elternteil in der Lebenswirklichkeit wahrgenommen hat, auch das Umgangsrecht beruht.

Aber bei dieser Feststellung konnten wir nicht stehenbleiben, so notwendig sie sich auch für das weitere Fortschreiten der Gedanken erwies. Sie eröffnete nämlich den Weg zum eigentlich entscheidenden Element des Eltern-Kind-Verhältnisses: zur persönlichen individuellen Verbundenheit von Elternteil und Kind, die zwar auf der sozialen Elternschaft beruht, aber ihrerseits doch darüber hinausgeht. Diese wurde als das eigentlich konstitutive Element des Umgangsrechts bezeichnet. Wir können die emotionale Elternschaft auch als das wesentliche Merkmal des rechtlichen Eltern-Kind-Verhältnisses insgesamt verstehen. Zwar ist dieses Element weniger deutlich greifbar als die genetische und soziale Elternschaft: Es ist jedoch fraglos gleichfalls vorhanden. Nicht nur biologisch, psychologisch und soziologisch ist dies begründet, auch philosophisch wird dies dargetan. So erklärt Jaspers, daß sich das Eltern-Kind-Verhältnis in der Zeit entwickle, ausgehend von der Geburt führe es zur gegenseitigen Liebe, "die der eigentliche, nicht in Frage zu stellende Grund des Prozesses ist"⁴²⁷).

426) So in bezug auf die Vorstellung des Grundgesetzes BVerfGE 24, 119 (150). Siehe auch Goldstein-Freud-Solnit, Jenseits des Kindeswohls, S. 47: "Schließlich ist jede Zuteilung eines Kindes - auch diejenige, die auf der Geburt beruht - auf Annahmen und Voraussagen über das Kind und die als Eltern bestimmten Erwachsenen gegründet." Diese Sicht der Dinge entspricht aber wesentlich nur dem Verständnis des Eltern-Kind-Verhältnisses in den entwickelten Industriegesellschaften (filio-zentrisches Familienbild), nicht auch dem anderer, vor allem früherer Gesellschaften.

427) Jaspers, Philosophie, S. 479. Das ist gegenüber dem die Aussage vereinfachenden Zitat Gernhubers, FamRZ 1973, 236 zu bemerken, nach dem es dem unkundigen Leser vielleicht scheinen kann, als sehe Jaspers in der genetischen Elternschaft den Selbstzweck. Jaspers hat übrigens an späterer Stelle seines Werkes noch geschrieben: "Alles Dasein beruht auf gegenseitiger Hilfe. Ich verdanke mein Dasein der Fürsorge meiner Eltern; ich bin lebenslang auf Hilfe angewiesen und leiste sie meinerseits in dem Zusammenhang menschlicher Gemeinschaft." Dies verdient gegenüber den Darlegungen Gernhubers hervorgehoben zu werden.

Mit dieser, ebenfalls auf Fakten aufbauenden Vorstellung, traten wir an das gesetzliche Eltern-Kind-Verhältnis, wie es sich nach der Trennung der Gatten darstellt, heran. Die Gedanken des Gesetzes boten sich uns folgendermaßen dar: In der bisherigen Familie haben die nach der Scheidung auseinanderstrebenden Gatten eine komplementäre Rolle erfüllt: Jeder Elternteil hat gemäß seiner Aufgabe für das Kind gesorgt. Beide Elternteile sind dadurch mit ihm aufs engste verbunden. Bei der notwendigen Neuverteilung der Elternfunktionen erhält der Elternteil, der dem Kind am nächsten steht und am ehesten in der Lage ist, beide Elternrollen auszufüllen, die elterliche Sorge. Dem anderen Elternteil verbleibt ein Umgangsrecht, weil auch er in der Vergangenheit Fürsorgefunktionen wahrgenommen hat und mit dem Kinde persönlich verbunden ist.

Wenn somit auch mit der Scheidung und der damit verbundenen Auflösung der Familie die soziale Elternstellung des umgangsberechtigten Elternteils im wesentlichen zu Ende ist, reicht doch der tragende Bestandteil der sozialen Eltern-Kind-Beziehung - die Zuneigung der beiden Menschen zueinander - über die Trennung hinaus und ist die Gemeinsamkeit, die Elternteil und Kind jetzt noch verbindet. Diese Gemeinsamkeit ist nach dem Willen des Gesetzes auch nach dem Verlust der gemeinsamen Lebensgrundlage und trotz der Tatsache aufrechtzuerhalten, daß sich das Kind nunmehr im alleinigen Einflußbereich des anderen Elternteils befindet.

Weil diese Auffassung ebenso wie die der herrschenden Lehre an der Lebenswirklichkeit ausgerichtet ist, ist auch für sie - gegenüber Kritikern - in Anspruch zu nehmen, daß sie nicht völlig falsch sein kann, daß sie zumindest in gewissem Umfang Richtiges feststellt. Doch wollen wir an dieser Stelle lediglich von der methodischen, nicht von der sachlichen Richtigkeit sprechen. Zur Methode der hier geübten Wesensforschung aber ist festzustellen, daß sie in vollem Umfang den einführenden theoretischen Darlegungen entspricht. Die hier vertretene Ansicht versucht, den leitenden Gesichtspunkt des Umgangsrechts zu finden. Sie findet diesen in Anknüpfung an eine wertend beurteilte Lebenswirklichkeit. Mehr noch als bei der Auffassung der herrschenden Lehre dürfte offenbar sein, daß hier keine Metaphysik getrieben, sondern versucht

wird, eine real begründete Gesetzesanalyse vorzunehmen. Denn es wird hier darauf verzichtet, die Auffassung mit dem "utopisch-autoritären" Mittel des "natürlichen Elternrechts" zu erhöhen⁴²⁸⁾.

Ein Vorwurf in methodischer Hinsicht kann also weder gegen die Lehre vom natürlichen Elternrecht noch gegen die hier vertretene Auffassung erhoben werden. Damit ist aber noch nicht erwiesen, daß der Streit um das Wesen des Umgangsrechts auch bedeutsam ist. Dieser Nachweis soll nunmehr geführt werden.

III. Inwiefern ist der Streit um das Wesen des Umgangsrechts bedeutsam?

1. Die Begründungsfunktion der Theorien

Ob ein rechtlicher Theorienstreit erheblich ist oder nicht, zeigt sich bei der Behandlung praktischer Rechtsfragen. Über die Güte einer Theorie entscheidet zwar keineswegs nur, aber doch auch die Hilfe, die sie dem Richter bei der Entscheidungsfindung im Einzelfall zu geben vermag. Führen zu vergleichende Theorien beispielsweise in zentralen Fragen des betreffenden Rechtsgebiets zu unhaltbaren Ergebnissen, so sind sie insgesamt diskreditiert und ein Streit zwischen ihnen ist aus der Sicht der Rechtsanwendung ohne Sinn. Führen die zu vergleichenden Theorien hingegen mit unterschiedlicher Begründung zu identischen - mit dem Gesetz übereinstimmenden - Ergebnissen, so mag der Streit zwar aus der Sicht des "reinen Praktikers" unergiebig sein. Bei tieferer Betrachtung hingegen wird man sich einer solchen Auffassung nicht anschließen können, weil damit nicht berücksichtigt wird, daß die Begründungsfunktion der beiden Theorien unterschiedlich sein kann.

428) Kübler, AcP 162 (1963), 125 unterscheidet im Anschluß an eine Formulierung Dahrendorfs zwischen einer "utopisch-totalitären" Haltung, die mittels Terrors eine auf einen paradiesischen Endzustand gerichtete Ideologie ins Werk setzt, und einer "utopisch-autoritären", die einen historischen Zustand mit utopischen Mitteln perseverieren oder restaurieren möchte. In ähnlichem Sinne schreibt zu letzterem Kilian, in: Club Voltaire, Band 2, S. 177: "Alle Konservativen berufen sich... auf irgendeine Form von Naturrecht, welches praktisch auf der Verabsolutierung der jeweils bestehenden Herrschaftsverhältnisse und vorherrschenden Sozialcharaktere fußt."

Die eine Theorie mag das bestehende Ergebnis besser begründen können als die andere und kann aus diesem Gesichtspunkt "mehr wert" sein. Ist die Begründungsfunktion der Theorien allerdings "gleichwertig", so bleibt der Streit auch aus diesem Blickwinkel gegenstandslos. Gerade letzteres läßt sich aber bei den Theorien, die hier untersucht werden, nicht feststellen.

Betrachten wir den - statistisch gesehen - häufigsten Fall des Umgangsrechts, in dem einem Elternteil ein Umgangsrecht zweifelsfrei zusteht. So hat gewiß ein Vater, auf dessen Besuche sich das Kind freut und gegen dessen Umgang mit dem Kind auch die Mutter keine Einwände erhebt, nach jeder Auffassung ein Umgangsrecht im Einzelfall, wenn keine Gefährdung des Kindes zu befürchten ist. Die hier vertretene Auffassung vermag aber dieses Ergebnis besser zu begründen als die Gegenansicht: Der Elternteil hat das Umgangsrecht, weil zwischen ihm und dem Kind eine gegenseitige persönliche Bindung besteht, die nach dem Willen des Gesetzes aufrechterhalten ist. Nach der Gegenauffassung hat er ein Umgangsrecht, weil das Kind nicht nur von der Mutter, sondern auch von ihm abstammt. Die letztgenannte Begründung ist nicht eigentlich falsch, sie hat jedoch schon keine direkte Relation mehr zum zu erklärenden Faktum: der persönlichen Begegnung zwischen Elternteil und Kind, wie sie sich im Umgangsrecht zeigt. Nimmt man noch hinzu, daß gerade erst die Begründung erweist, wie das rechtliche Verhältnis von Eltern und Kindern zueinander beurteilt wird, so muß man dem Streit wesentliche Bedeutung zubilligen, mag er auch im praktischen Fall zum gleichen Ergebnis führen. Hier ist nämlich ein Hauptziel einer rechtsdogmatischen Untersuchung erreicht, nämlich "zu einem größeren Maß an Klarheit und Einsicht in rechtliche Sinn- und Strukturzusammenhänge zu gelangen"⁴²⁹⁾. Außerdem ist - wenn auch nicht für den entschiedenen Einzelfall, so doch für die Fortentwicklung des Rechts - die Begründung wegen der Einwirkung auf andere in Zukunft zu entscheidende Rechtsfälle mitunter wichtiger als das Ergebnis.

429) Siehe Larenz, Methodenlehre, S. 54.

2. Die Hilfe der Theorien bei der Entscheidung praktischer Fälle

Aber auch in bezug auf die praktische Lösung eines Streitfalls ist ein Theorienstreit jedenfalls dann nicht bedeutungslos, wenn nur eine Theorie zu einer Lösung führt, die mit dem Gesetz vereinbar ist, während die andere Theorie - wendet man sie konsequent an - ein mit dem Gesetz unvereinbares Ergebnis nahelegt. Wenn die unterschiedlichen Lösungen nicht Randfälle des Umgangsrechts, sondern solche, die im Zentrum stehen, betreffen, dann ist nicht nur die eine Theorie besser als die andere, dann ist vielmehr die eine Theorie richtig und die andere falsch. Diese Zusammenhänge wollen wir an der in der Praxis wichtigen Frage der Berücksichtigung der Kindeseinstellung zeigen.

a. Ist die Einstellung des Kindes zu berücksichtigen?

Die Deutung des Umgangsrechts als Ausdruck der Blutsgemeinschaft begründete - wie erwähnt - einer früheren Generation, daß die persönliche Einstellung des Kindes dem Elternteil gegenüber unbeachtlich ist, d.h., daß es nicht darauf ankommt, wie das Kind dem Elternteil gegenübersteht. Von dem Grundgedanken der Lehre her besehen war dies konsequent: Denn das Umgangsrecht besteht wegen der Blutsgemeinschaft und nicht wegen der Zuneigung zwischen Elternteil und Kind. Aus diesem Grund ist übrigens auch die Einstellung des Elternteils dem Kind gegenüber unbeachtlich. Die Blutsbeziehung ist eine Bindung, die nicht von den Beteiligten gemacht ist, sondern von der Natur oder von Gott. Daher kann sie nicht durch eine möglicherweise unstetige innere Einstellung der Beteiligten in Frage gestellt werden. Die inneren Beziehungen der Beteiligten sind ohne Belang.

Diesen Gedankengang können wir uns leicht an einem anderen Institut des Familienrechts klarmachen: nämlich an der Ehe. Hier war früher, vielleicht sogar noch bis vor kurzem, eine Auffassung herrschend, die in der Ehe zwar auch eine "innige Lebensgemeinschaft", aber doch auch eine "rechtlich über dem Willen der Ehegatten stehende höheren objektiven Zwecken dienende Institu-

tion"⁴³⁰⁾ sah. Wegen des letztgenannten Grundes sollte die Ehe auch dann noch einen Sinn haben, wenn die Beziehungen zwischen den Gatten - menschlich gesehen - gescheitert sind. Die Institution löste sich damit von den persönlichen Beziehungen zwischen den beiden Gatten.

Bemerkte man in der Ehe immerhin schon die persönliche Beziehung, weil man bereits in der Frau die Gefährtin des Mannes sah, so sah man im Gegensatz dazu im Kind noch nicht die Person: Hier war es - der objektiven Institution in der Ehe vergleichbar - nur die Blutsgemeinschaft, die Eltern und Kinder zusammenhielt⁴³¹⁾. Dabei ist noch zu beachten, daß diese (angeblich) objektive unpersönliche Betrachtung des Eltern-Kind-Verhältnisses in ihren tatsächlichen Auswirkungen nur den Elternteil begünstigt. Diesem nämlich ist es in die Hand gegeben, ob er den persönlichen Umgang pflegen will, dem Kind hingegen nicht. Sucht der Elternteil um die rechtliche Regelung des persönlichen Umgangs nach, so wird nicht geprüft, ob er mit dem Kind persönlich verbunden ist. Sein Recht beruht auf der Blutsgemeinschaft: also steht es ihm zu. Beim Kind hingegen beruht die Pflicht auf der Blutsgemeinschaft und hängt nicht von persönlichen Empfindungen ab. Daher besteht die Pflicht in jedem Fall, ohne daß es auf die innere Einstellung ankäme. Der angeblich objektive, weil über dem Willen der Beteiligten stehende Ansatz, hat also unterschiedliche soziale Auswirkungen, je nachdem ob es sich um den Elternteil oder um das Kind handelt, Auswirkungen, die bei isolierter Betrachtung des Grundsatzes nicht ins Blickfeld rücken.

430) So wörtlich die Verfasser des BGB, zitiert nach Wolf-Lücke-Hax, Scheidung und Scheidungsrecht, S. 272. Diese Auffassung war bis Anfang der siebziger Jahre in der Lehre und Rspr. herrschend. Siehe hierzu die Nachweise bei Gernhuber, Lehrbuch, §§ 33, 24 II 5.

431) Selbst E. Wolf, dessen interindividuelle (antiinstitutionelle) Eheauffassung 1959 noch allgemeiner Kritik begegnete, während sie inzwischen weitgehend anerkannt ist, hat die Zusammenhänge im Eltern-Kind-Verhältnis nicht gesehen: Wolf ist der Auffassung, daß die körperliche und seelische Verschmelzung der Gatten im Eheverhältnis im Eltern-Kind-Verhältnis in der Blutsverwandtschaft ihr Gegenstück finde (Wolf-Lücke-Hax, Scheidung und Scheidungsrecht, S. 296).

Mit der theoretischen Vorstellung der Blutsbindung ist die Entwicklung nicht vereinbar, die 1938 in Gang kam, als das KG - wie geschildert - den Willen "einer achtzehnjährigen im Berufsleben stehenden Tochter" für beachtlich erklärte. Das war der Anfang: Im Laufe der Jahre verzichtete die Rechtsprechung auf das implizierte Merkmal der Lebenserfahrung des Kindes, auch wurden die Kinder, deren Wille beachtlich sein sollte - wie erwähnt -, zunehmend jünger⁴³²⁾. Das "Persönlichkeitsrecht nahezu erwachsener Kinder" - so lautete nämlich die von der Judikatur genannte theoretische Basis dieser Entwicklung, die von § 1634 Abs. 2 nicht gedeckt war - wurde in immer größerem Umfang anerkannt. Diese dem Blutsgrundsatz widerstreitende Entwicklung war auch dadurch bedingt, daß man es - allerdings mehr oder weniger unbewußt bleibend - als ungut empfand, daß der angeblich überpersönliche Grundsatz nur den Elternteil begünstigte. Für Kinder, die praktisch in der gleichen Situation stehen wie Eltern, weil sie schon erwachsen sind und ein Persönlichkeitsrecht haben, schuf man eine Ausnahme. Die Ausnahme fußte auf dem Konzept der Erwachsenenwelt.

Die weitere Entwicklung - und ihre Folge für die herrschende Ansicht - ist bekannt. Genauso wenig wie die herrschende Meinung auf der Grundlage ihrer Basis die in der Judikatur zu "Recht" gewordenen Phänomene der Anerkennung des Kindeswillens erklären konnte, kann sie sagen, warum in § 1634 Abs. 1 S. 2 des Sorge-rechtsentwurfs - im Sinne der zitierten Rechtsprechung - nun ausdrücklich anerkannt ist, daß der persönliche Umgang gegen den Willen eines vierzehnjährigen Kindes oder eines Kindes, das nach seinem Entwicklungsstand zu einer selbständigen Beurteilung fähig ist, nicht ausgeübt werden kann. Indessen läßt sich die Neukodifikation mit der hier vertretenen Auffassung begründen, ohne daß Gedanken herangezogen werden müssen, die außerhalb der Norm ihren Sitz haben wie etwa das genannte "Persönlichkeitsrecht nahezu erwachsener Kinder". Überhaupt ist die Berufung auf das Persönlichkeitsrecht in gewisser Weise bloße Deklaration, da aus ihm nicht deduziert werden kann, warum Kinder ein Recht haben, den persönlichen Umgang zu verweigern. Diese Formel kann vielleicht

432) Vgl. OLG Hamm, FamRZ 1965, 83 (Kinder 19 1/2, 18 und 15 Jahre); LG Dortmund, FamRZ 1967, 50 (fast 16jähriges Mädchen); LG München, FamRZ 1971, 311 (Kinder 15 und 14 Jahre).

die gesetzliche Entscheidung nachträglich rechtfertigen, sie zeichnet ihren Inhalt aber noch nicht einmal vage vor. Das Persönlichkeitsrecht beinhaltet kein "Konditionalprogramm"⁴³³⁾. Von der hiesigen Auffassung aus gesehen läßt sich die Lösung der Rechtsprechung seit 1938 und die Lösung des Sorgerechtsneuregelungsgesetzes aus dem Wesen des Umgangsrechts selbst erklären: Die persönliche innerliche Verbundenheit muß prinzipiell auch beim Kind dem Elternteil gegenüber bestehen. Nachdem nun in Zukunft im Gesetz verankert wird, daß und in welchem Umfang der Kindeswille zu berücksichtigen ist, ist die hier vertretene Auffassung nicht mehr von entscheidungserheblicher Bedeutung. Doch erfüllt sie immer noch eine anerkannte Aufgabe der Dogmatik: Sie erklärt nämlich das Gesetz angemessen aus einem übergreifenden Gesichtspunkt. Wenn wir also die Frage stellen, welche der Theorien eine "bessere Erklärung des Wesens...und seiner Rechtsfolgen geben"⁴³⁴⁾ kann, so ist dies für die hier vertretene Auffassung in Anspruch zu nehmen⁴³⁵⁾.

An der Frage, inwieweit der Kindeswille zu berücksichtigen ist, sehen wir aber auch die Grenzen, die einem prinzipiellen Denken im Recht gesetzt sind. So können wir zwar die dargelegte Ansicht über das Wesen des Umgangsrechts als einen wesentlichen und angemessenen Problemlösungsgesichtspunkt begreifen. Doch ist es nicht der einzige: Immerhin haben nur Kinder, die selbständig über den Kontakt mit dem Elternteil zu urteilen vermögen, und nicht alle Kinder, das Recht, den Umgang zu verweigern. Es sind also offenbar noch andere Gedanken vorhanden, von denen das Gesetz lebt. So ist eine weitere Überlegung, die das Gesetz bestimmt, daß das Umgangsrecht bei aller Anerkennung seiner Besonderheit doch mit anderen Rechtspositionen zusammengesehen werden muß, insbesondere

433) Simitis, AcP 172 (1972), 140.

434) So Beitzke, FS Hans G. Ficker, S. 84 zur rechtlichen Qualifikation des Verlöbnisses. Siehe zum Streit um das Wesen eines Rechtsinstituts auch Canaris, Systemdenken, S. 89.

435) Der Forderung Alberts, Traktat über kritische Vernunft, S. 49, "stets nach Alternativen (zu) suchen, nach anderen Theorien, die möglicherweise besser sind, weil sie größere Erklärungskraft haben, bestimmte Irrtümer vermeiden oder überhaupt Schwierigkeiten irgendwelcher Art überwinden, die von bisherigen Theorien nicht bewältigt wurden", ist also Genüge getan. Siehe zur zitierten Forderung auch Rust, ARSPH 1974, 7.

mit den Verpflichtungen des Elternteils. So ist der Elternteil nach der Ehescheidung weder von seiner Unterhaltspflicht gegenüber dem Kind entlastet, noch sind von ihm die rechtlich zwar gegenseitigen, faktisch aber im allgemeinen einseitigen erbrechtlichen Verpflichtungen genommen⁴³⁶⁾. Diese aktuellen und potentiellen Pflichten sind Gegebenheiten, die dafür sprechen können, den primären Lösungsgesichtspunkt nicht voll durchschlagen zu lassen. Noch wird es, unter Berücksichtigung der Tatsache, daß der abwesende Elternteil finanziell nicht entlastet ist, als ungerecht empfunden, den Elternteil vom persönlichen Umgang mit dem Kind auszuschließen, wenn dies nicht dem unbeeinflussten Willen des Kindes entspricht, sondern dem sorgeberechtigten Elternteil zu verdanken ist, der das Kind zum "Feindseligkeitsschwamm"⁴³⁷⁾ gemacht hat, vollgetränkt mit den eigenen Vorbehalten gegenüber dem früheren Ehepartner. Führt man diesen Gedanken weiter, so erscheint es nicht ausgeschlossen, daß die Judikatur dem Kindeswillen in Zukunft dort mehr Rechnung tragen wird, wo der Elternteil seinen Pflichten nicht mit der gleichen Intensität nachgekommen ist, wie er das Umgangsrecht begehrt⁴³⁸⁾.

Dem Gesetz liegen also noch weitere Gedanken zugrunde. Damit wird der theoretische Standpunkt der Anhänger der topischen Methode bestätigt, die auch den tiefsten Gedanken nur als einen Lösungsgesichtspunkt gelten lassen⁴³⁹⁾.

Nun ist es allerdings, trotz der zugestandenen Relativierung der eigenen Position, keineswegs so, daß die verschiedenen Problemlösungsgesichtspunkte wahlweise im Einzelfall herangezogen werden

436) Siehe hierzu die bedenkenswerten Überlegungen Gernhubers, FamRZ 1973, 237.

437) Gerhardt, ZRP 1974, 21.

438) Vgl. hierzu bereits meinen Aufsatz ZBlJugR 1974, 424.

439) Siehe z.B. Viehweg, Topik und Jurisprudenz, S. 18, 33. Vgl. auch Böckenförde, NJW 1974, 1537, der darauf verweist, daß das BVerfG die verschiedenen Grundrechtstheorien wahlweise heranzieht, um das nach dem jeweiligen Vorverständnis beste Ergebnis im konkreten Fall zu erzielen.

können, wie es dem Interpreten gefällig ist⁴⁴⁰⁾. Denn das Wesen des Umgangsrechts im hier verstandenen Sinn ist kein "einfacher" Interpretationsgesichtspunkt wie der zuletzt genannte, sondern der tragende Gedanke der Norm. In erster Linie ist die Aufrechterhaltung der persönlichen Verbundenheit bestimmend für das Umgangsrecht, nicht aber die Erwägung, dem Elternteil mit dem Umgangsrecht einen gewissen Ausgleich für seine Pflichten zu geben. So meint auch Gernhuber mit Recht, daß das rechtliche Eltern-Kind-Verhältnis nicht vom Prinzip des "do, ut des" beherrscht sei, wenngleich eine gewisse Ausgewogenheit von Rechten und Pflichten nicht in Frage gestellt werden sollte⁴⁴¹⁾. Die Ausgewogenheit von Rechten und Pflichten ist sicher auch ein Gesichtspunkt, der dafür spricht, die Rechtsstellung des nichtehelichen Vaters zu überdenken, wenngleich dieser Gesichtspunkt zu den Belangen des Kindes oft in Widerspruch stehen wird. Wie sehr übrigens das Umgangsrecht schon früher vom Gedanken der persönlichen Verbundenheit beherrscht war, ohne daß dies den Rechtsanwendern allerdings ins Bewußtsein rückte, zeigt sich daran, daß die Rechtsprechung schon von jeher versuchte, durch entsprechende Anordnungen die psychischen Beeinträchtigungen des Kindes möglichst gering zu halten⁴⁴²⁾.

440) Eine Situation, die im deutschen Steuerrecht, das ohne Über-treibung als rechtlicher Dschungel bezeichnet werden darf, häufig gegeben ist. Vgl. Mösbauer, BB 1976, 194: "Selten wurde ein Steuerrecht so vielen Orientierungsdaten unterschiedlichen Grades gleichzeitig untergeordnet. Das mußte zur Folge haben, daß eine Steuerrechtsnorm ex ante jenes klaren Zieles entbehrt, in dessen Dienst sie treten sollte." Diese Feststellung, bereits unzählige Male durch Tatsachen bestätigt, wird auch in meinen Beiträgen BB 1976, 598; NJW 1978, 682 verifiziert. - Im Steuerrecht sehen wir uns, wie Bayer, BB 1975, 574 richtig schreibt, einer "rapide zunehmenden materiellrechtlichen Gestrüppbildung" gegenüber. Diese ist im Familienrecht noch nicht so weit gediehen, wenngleich auch hier die Durchsichtigkeit nicht mehr gewährleistet ist. Vgl. G. Zenz, AcP 1973, 535: "Wenig Verständnis kann dagegen die fortgesetzte Praxis finden, ein Bruchstück des Familienrechts nach dem anderen zu verändern, ohne auch nur den Ansatz einer Gesamtkonzeption erkennen zu lassen, ohne Sinn- und Wirkungszusammenhänge herauszustellen, die eine rationelle Rechtsdogmatik und damit eine überzeugende Rechtspraxis erst ermöglichen."

441) Gernhuber, FamRZ 1973, 237.

442) Vgl. Schwoerer, NJW 1964, 7.

Bei der Frage der Berücksichtigung des Kindeswillens wird es nach dem Inkrafttreten des Sorgerechtsneuregelungsgesetzes das Gesetz sein, das im neugefaßten § 1634 Abs. 1 S. 2 die Entscheidung des Problems vorzeichnet. Deshalb mag der "reine" Praktiker für die Zukunft - allerdings unberechtigterweise - vielleicht Zweifel hegen, inwieweit eine tiefere Begründung dessen, was ohnehin aus dem Gesetz hervorgeht, der Entscheidung im Einzelfall hilft. Bei der jetzt zu behandelnden Frage können diese Zweifel nicht auftauchen. Wir wollen uns einem Problem zuwenden, das vom Gesetz selbst nicht explizit gelöst wird. Die Entscheidung im Einzelfall hängt davon ab, welcher Theorie man den Vorzug gibt. Erst durch den Rückgriff auf das Wesen des Umgangsrechts kann die Rechtsfolge gefunden werden.

b. Kann das Umgangsrecht dem Elternteil verlorengehen?

Das Problem, das aufgegriffen werden soll, spielt zwar der Häufigkeit seines Auftretens nach keine große Rolle. Doch führt es zu den Grundfragen des Eltern-Kind-Verhältnisses. Schon deshalb ist es notwendig, die beiden Theorien zur Lösung heranzuziehen.

Die Rechtsfrage lautet: Steht einem Elternteil auch dann noch ein Umgangsrecht zu, wenn er längere Zeit - über Jahre hinweg - kein Interesse am Kind gezeigt hat, wenn er also, konkret gesprochen, seiner Unterhaltspflicht nicht nachgekommen ist und auch das Umgangsrecht nicht wahrgenommen hat, obwohl ihm dies möglich gewesen wäre.

Der Gesetzesinterpret, der das Gesetz nicht hinterfragt, wird aus § 1634 Abs. 1 S. 1 den Grundsatz entnehmen, daß der Elternteil ein Umgangsrecht besitzt, weil dazu allein erforderlich ist, daß dem Elternteil "das Personensorgerecht nicht zusteht". In Anbetracht der Umstände des geschilderten Falles wird er jedoch weiter prüfen, ob die Voraussetzungen erfüllt sind, nach denen nach Abs. 2 ein zeitweiliger oder dauernder Ausschluß des Umgangsrechts in Betracht kommt. Hierzu muß - nach der Rechtsprechung - das Wohl des Kindes gefährdet sein und andere Mittel, das Kind vor Gefahren zu schützen, darf es nicht geben. Eine völlige Versagung des Umgangsrechts schließlich kommt nur als letzter Ausweg in

ganz seltenen Fällen in Betracht⁴⁴³⁾.

Angenommen, die genannten strengen Voraussetzungen seien im anstehenden Fall nicht erfüllt: Ist damit die gesetzliche Prüfung zu Ende und dem Elternteil im Einzelfall das Umgangsrecht zuzusprechen?

Die Antwort muß negativ ausfallen, denn die im Rahmen der Interpretation eines offenbaren Grenzfalles wichtigste Frage, die Frage nämlich nach dem Wesen des Umgangsrechts, wurde weder gestellt noch beantwortet. Da das Wesen mit dem gesetzgeberischen Leitgedanken zu umschreiben ist, wurde also die Interpretation nach Sinn und Zweck des Gesetzes unterlassen, die allein Aufschluß über die Reichweite des Gesetzes geben kann. Nur durch das Zurückgehen auf das Wesen des Umgangsrechts ist zu erfahren, ob die Grundgedanken des Gesetzes in den gewählten Begriffen richtig zum Ausdruck gekommen sind, d.h. ob das Gesetz wortgetreu auszulegen ist oder vielleicht beschränkend oder ergänzend. Erst nach dieser Prüfung kann entschieden werden, ob die Vorschrift, die nach ihrem Wortlaut einem Elternteil, der das Personensorgerecht nicht mehr besitzt, ein Umgangsrecht einräumt, auf den vorliegenden Fall überhaupt anwendbar ist. Denn soviel ist sicher: § 1634 Abs. 2 S. 2 ist nicht notwendigerweise die einzige Möglichkeit, das Umgangsrecht zu beschränken: Noch heute kommt es - wie erwähnt - im Wortlaut des Gesetzes nicht zum Ausdruck, daß es bei "nahezu erwachsenen Kindern" gegen ihren Willen kein Umgangsrecht gibt.

Gehen wir, um das Gesetz zutreffend zu erfassen, also auf das Wesen des Umgangsrechts zurück. Sieht man im Umgangsrecht den Ausdruck der trotz der Trennung von Elternteil und Kind fortbestehenden Blutsbeziehung, dann kann es für die Zubilligung des Umgangsrechts nicht darauf ankommen, ob der Elternteil die ihm verbliebenen Pflichten gegenüber dem Kind erfüllt hat und ihm menschlich nahesteht. Denn das Umgangsrecht hängt - von den aus-

443) Allg. Ansicht. Staudinger-Schwoerer, § 1634 Rz. 86, 87; Erman-Ronke, § 1634 Rz. 27; Dölle, Familienrecht, § 98 IV; Gernhuber, Lehrbuch, § 53 III 7. Aus der neueren Rspr. etwa OLG Hamm, FamRZ 1966, 317; OLG Karlsruhe, FamRZ 1967, 633; KG, FamRZ 1968, 260; BayObLG, FamRZ 1968, 269.

drücklichen gesetzlichen Einschränkungen abgesehen - von der Blutsbeziehung ab und kann daher, da diese nicht verlorengehen kann, auch nicht verlorengehen. In diesem Sinne entscheiden auch Judikatur und Literatur das angeschnittene Problem: von der angenommenen Basis aus gesehen nur konsequent. So wird in Rechtsprechung und Schrifttum betont, daß das Umgangsrecht nicht mit dem Unterhaltsanspruch verquickt werden dürfe: der persönliche Umgang sei nicht deshalb zu beschränken oder auszuschließen, weil der Umgangsberechtigte seine Unterhaltungspflichten gegenüber dem Kind nicht erfüllt habe⁴⁴⁴). Ebenso ist entschieden und anerkannt, daß das Umgangsrecht auch dem Elternteil nicht verlorengehen kann, der es mehrere Jahre nicht ausgeübt hat, obwohl es ihm möglich gewesen wäre⁴⁴⁵). Das OLG Neustadt bezieht sich für seine Entscheidung auch auf das Wesen des Umgangsrechts, wenn es die zitierte Rechtsfolge mit dem "Dauerverhältnis der blutsmäßigen Verbundenheit", das zwischen dem Elternteil und dem Kind weiterbestehe, begründet⁴⁴⁶). Von der Blutsbeziehung - und nur von ihr - hängt es ab, ob ein Umgangsrecht gegeben ist: ungeachtet der sonstigen Umstände schafft sie die die Zeit überdauernde Bindung.

Sieht man im Umgangsrecht hingegen, seinem Wesen nach, einen Ausdruck der persönlichen Verbundenheit von Elternteil und Kind, so kann die Lösung des Falles nicht so lauten. Dann muß nämlich nach dem Sinn der Vorschrift eine menschliche Bindung des Elternteils an das Kind bestehen. Der rechtsanwendende Richter hat daher zu prüfen, ob eine menschliche Beziehung des Elternteils zum Kind gegeben ist, bevor er ein Umgangsrecht einräumen kann. Der Wortlaut des Gesetzes geht also nach dieser Auffassung über seinen intendierten Sinn hinaus: die gesetzlichen Begriffe geben den inneren Gehalt der Norm nur für den Regelfall zutreffend wieder. Da es sich bei der inneren Bindung um einen Sachverhalt handelt, zu dem der Richter keinen unmittelbaren Zugang hat, kann er sich bei der Prüfung dieser Frage nur an Äußerlichkeiten halten (an

444) OLG Celle, ZBlJugR 1954, 86; OLG Düsseldorf, ZBlJugR 1955, 274; BayObLG, FamRZ 1963, 581; Staudinger-Schwoerer, § 1634 Rz. 58, 86; Schnitzerling, FamRZ 1958, 444 (446).

445) OLG Neustadt, RdJ 1961, 175; Staudinger-Schwoerer, § 1634 Rz. 5; Gernhuber, Lehrbuch, § 53 III 8.

446) OLG Neustadt, RdJ 1961, 175. Staudinger-Schwoerer, § 1634 Rz. 5 stimmen dieser Begründung ausdrücklich zu.

die erfüllte Unterhaltspflicht, an den bisher ausgeübten Umgang). Außerdem hat die geforderte menschliche Bindung in gewissem Ausmaß lediglich die Funktion eines Leitbildes. Hinter diesem darf der Elternteil zurückbleiben. Nur eindeutige Fälle, in denen es als sicher gelten kann, daß der Elternteil keine menschliche Beziehung zum Kind besitzt, rechtfertigen es, das Umgangsrecht zu versagen. Ein solcher Fall liegt hier aber vor: wer längere Zeit hindurch keinen Unterhalt zahlt, obwohl er dies kann, und wer längere Zeit hindurch das Kind nicht besucht, obwohl ihm dies möglich ist, besitzt keine innere Bindung an das Kind. Sollte sich eine solche nicht aus anderen Umständen ergeben, wofür aber nach dem Sachverhalt nichts spricht, so kann es, dem Wesen des Umgangsrechts nach, kein Umgangsrecht geben. Im Ausgangsfall steht nach der hier vorgeschlagenen Lösung dem Elternteil also kein Umgangsrecht zu.

In dem eben erwähnten Fall wird der Gegensatz der Auffassungen noch einmal an einem praktischen Beispiel deutlich. Auf der einen Seite reicht die blutmäßige Beziehung aus, auf der anderen zählt nur die menschliche Verbundenheit. Hier herrscht die Ansicht, daß die blutmäßige Beziehung allein keine die Zeit überdauernde Bindung schaffen kann, soweit es um ein Recht mit höchstpersönlichem Bezug - wie das Umgangsrecht - geht. Die Blutsbeziehung kann beim Umgangsrecht nur gelten, wenn aus ihr, wie in der Regel, auch eine menschliche Verbundenheit entstanden ist. In gewisser Weise ist diese Einsicht vielleicht auch beim OLG Neustadt vorhanden. Zumindest deutet die Wortwahl darauf hin: mit dem Begriff aus der biologischen Ebene (blutmäßig) wird ein Begriff mit menschlich-seelischem Bezug gekoppelt (Verbundenheit) und damit gefühlsmäßig die Vorstellung einer menschlichen Verbundenheit, die in den Problemfällen jedoch tatsächlich fehlt, vermittelt. Die Sprache hat verschleiende Funktion: Sie dient dazu, Voraussetzungen des Eltern-Kind-Verhältnisses durch Worte darzutun, denen keine Realität entspricht. Wo aber in der Wirklichkeit keine menschliche Verbundenheit des Elternteils mit dem Kind ersichtlich ist, kann es - wie gesagt - ein Umgangsrecht nicht geben.

Allerdings genügt es nicht, daß das Ergebnis - von der Theorie aus betrachtet - konsequent ist: es muß auch "gerecht" sein. Nicht nur

im Hinblick auf ihre Voraussetzungen muß also eine Theorie plausibel sein: sie muß ihre Leistungskraft auch an der Gerechtigkeit des Resultats erweisen. Aus der Sicht der Praxis ist letzteres sogar entscheidend.

Im folgenden soll daher jede Auffassung daraufhin untersucht werden, ob sie zu einem gerechten Ergebnis führt. Hierzu greifen wir auf die gegensätzlichen Lösungen des zuletzt angesprochenen Falles zurück, in dem sich das Ergebnis jeder Theorie am klarsten zeigte. Wir beginnen mit der hier vertretenen Ansicht und fragen, welche sachlichen Argumente gegen sie und welche für sie sprechen.

An Einwendungen am nächsten liegt wohl der Vorwurf "strafrechtlichen Denkens". Der Kritiker mag vielleicht die Rechtsfolge als eine Art Strafmaßnahme gegen den aus der Sicht des Staates unbotmäßigen Elternteil auffassen, weil diesem das Umgangsrecht genommen wird, unabhängig davon, ob dies auch dem Kindeswohle dient.

Dieser Kritik läßt sich zunächst mit dem Hinweis darauf begegnen, wie die Rechtsfolge, also der Ausschluß des Elternteils vom persönlichen Umgang, zustande gekommen ist. Das Ergebnis ist lediglich die Konsequenz aus einer bestimmten Auffassung über das Umgangsrecht: nämlich daß es ein Ausdruck der persönlichen Verbundenheit zwischen Elternteil und Kind ist. Diese Auffassung hat aber keinen strafrechtlichen Inhalt. Und wenn aus ihr Konsequenzen gezogen werden, so kann dies - subjektiv, also von der gedanklichen Voraussetzung her gesehen - ebenfalls nichts mit einer Bestrafung des Elternteils zu tun haben. Der Ausschluß des Umgangsrechts ist lediglich eine Folge davon, daß der Sinn, der dem Umgangsrecht generell zugrunde liegt, im individuellen Fall nicht vorhanden ist. Wenn man sich weiter klarmacht, daß die hier vertretene Auffassung gerade versucht, neben dem Elternteil auch das Kind in den Blick zu bekommen, um auch dessen Belange zu wahren, ist es eigentlich nicht möglich, daß sich die Theorie nur zu Lasten des Elternteils auswirkt, ohne gleichzeitig dem Kind zu nutzen. Und in der Tat begünstigt das Ergebnis auch das Kind. Um das zu verstehen, betrachten wir die Sach- und Rechtslage einmal rein aus dem Blickwinkel der Interessen des Kindes und

fragen, wo die Rechtsordnung diese Interessen derzeit nicht voll berücksichtigt, wo sie den Weg des Ausgleichs der Kindes- und Elterninteressen beschreitet.

Das Gesetz schließt bezüglich der überwiegenden Zahl der Fälle einen Kompromiß zwischen den Belangen des Kindes und denen des Elternteils: nämlich in bezug auf alle Kinder, die noch nicht zu einer eigenständigen Beurteilung des Umgangsrechts fähig sind. Bei ihnen kann der persönliche Umgang erst dann ausgeschlossen oder beschränkt werden, wenn das Kind gefährdet ist (§ 1634 Abs. 2 S. 2). Aus der Sicht des Kindes reicht der Schutz des § 1634 Abs. 2 S. 2 aber nicht aus, weil die Rechtsordnung das Umgangsrecht und damit alle Beeinträchtigungen des Kindes, die vor der Gefährdungsgrenze liegen, in Kauf nimmt⁴⁴⁷⁾. Die vornehmlich psychischen Beeinträchtigungen sind so zahlreich und in nahezu allen Fällen, in denen das Kind nicht freiwillig und gerne zum umgangsberechtigten Elternteil geht, vorhanden⁴⁴⁸⁾, daß schon allein dadurch das Umgangsrecht generell problematisch ist. So richten sich die vielfältigen Bedenken, die in der fürsorgerischen und psychologischen Praxis gegen das Umgangsrecht erhoben werden, nicht gegen die Fallkonstellationen, die jetzt schon wegen der Untersagungsmöglichkeit in § 1634 Abs. 2 S. 2 keine Bedeutsamkeit mehr besitzen. Sie treffen das Umgangsrecht wegen der ihm

447) Engler, FamRZ 1969, 65 spricht richtig davon, daß sich nicht selten feststellen läßt, daß das Unterbleiben des persönlichen Umgangs im Interesse der störungsfreien Erziehung des Kindes günstiger wäre, auch wenn der gegebene Sachverhalt nicht zum gänzlichen Ausschuß des Umgangs aus Gründen des Kindeswohles ausreiche.

448) Aber selbst dann sind die Gefahren noch zahlreich: Haffter, Kinder aus geschiedenen Ehen, S. 76 schreibt: "Das Kind kann nicht ehrlich beide (Eltern) bejahren, wenn es spürt, wie verschiedene Erwartungen in seine Entwicklung gesetzt werden. Für das jüngere Kind entsteht hier die Gefahr einer verhängnisvollen Fehlentwicklung. Es kann die Situation ausnützen und möglichst viel für seine kindlichen Lebensansprüche herauszuschlagen suchen. Es lernt, nach dem Wind zu reden, d.h. auf die Fragen beider Eltern das zu antworten, was für seine Zwecke dienlich ist. Auch wenn es nicht vom einen Elternteil über den anderen förmlich ausgefragt wird, gibt es sich doch instinktiv beim Vater anders als bei der Mutter, es spielt jeweils dasjenige Kind, das man von ihm erwartet. Die durch das Besuchsrecht geschaffenen Situationen züchten also die Haltung des Lavierens, die Entwicklung des Unehchten."

innewohnenden und bereits früher bezeichneten Gefahren schlechthin. Hierin liegen die Gründe, daß die Ehrechtskommission⁴⁴⁹⁾, die Jugendhilfeverbände⁴⁵⁰⁾ und viele andere⁴⁵¹⁾ in ihren Stellungnahmen zur geplanten Gesetzesreform von einer Grundregel absehen wollen und ein Umgangsrecht nur befürworten, wenn es im Einzelfall dem Wohle des Kindes entspricht.

Von letzterem ist im angesprochenen Fall nicht auszugehen. Schon die Tatsache, daß über das Umgangsrecht Streit herrscht und der umgangsberechtigte Elternteil dieses gegen den Willen des sorgeberechtigten Elternteils - und gegen den des Kindes - durchzusetzen versucht, spricht dagegen⁴⁵²⁾. Angesichts der geschilderten Sachlage kommt auch eine künftige Übertragung des Sorgerechts an den umgangsberechtigten Elternteil nicht in Frage, wenn - was ohnehin unwahrscheinlich ist - der sorgeberechtigte Elternteil ausfällt, so daß auch dieser Gesichtspunkt, der angesichts der geringen Bedeutung dieser Fälle und der gegenwärtigen Erfordernisse des Kindeswohls zu häufig geltend gemacht wird⁴⁵³⁾, außer acht gelassen werden kann. Wenn es aber in der dargelegten Falllösung nicht mehr möglich ist, dem Elternteil das Umgangsrecht zuzugestehen, wird die durch das Umgangsrecht für das Kind zu befürchtende Beeinträchtigung generell beseitigt.

Das hier vertretene Ergebnis ist somit nicht nur aus einer Theorie, sondern auch aus einer klaren Schutzwürdigkeitsüberlegung zu rechtfertigen. Übertragen wir diese Aussage ins Allgemeine, so ist festzustellen: Selbst wenn man es für berechtigt hält, daß der Gesetzgeber beim Umgangsrecht, indem er die Grenze des § 1634

449) Ehrechtskommission beim BMDJ, Vorschläge zur Reform, S. 90, 92.

450) Vgl. die Nachweise bei Zenz, in: Familie und Familienrecht, S. 168, 182.

451) Zenz, AcP 173, 540; Lempp, ZBlJugR 1974, 132.

452) So Simitis, StAZ 1970, 263 zur vergleichbaren Frage, ob ein Umgang des nichtehelichen Vaters dem Kindeswohl diene (§ 1711 Abs. 2): wenn der Vater das Gericht einschalten müsse, deute dies auf einen Konflikt mit der Mutter hin.

453) Kritik auch von Simitis, in: Goldstein-Freud-Solnit, Jenseits des Kindeswohls, S. 112: "(Die) gegenwärtige Lage (des Kindes) mit all ihren Implikationen ist es aber, die über seine weitere Entwicklung bestimmt, und nicht ein Ereignis, von dem niemand weiß, ob es auch wirklich eintreten wird."

Abs. 2 S. 2 so weit nach hinten verlegt, zugunsten des umgangsberechtigten Elternteils Beeinträchtigungen der Kindesinteressen in Kauf nimmt, sind Korrekturen notwendig. Nicht in jedem Fall darf es darauf ankommen, ob die strengen Voraussetzungen des § 1634 Abs. 2 S. 2 für eine Beschränkung des Umgangsrechts erfüllt sind. Aus Menschlichkeit kann man zwar vielleicht das Umgangsrecht auch dort noch in Kauf nehmen, wo es dem Wohle des Kindes nicht mehr förderlich ist⁴⁵⁴⁾, damit die Zuneigung des abwesenden Elternteils zum Kind keinen Schaden leidet und sein Recht nicht verkümmert. Für letzteres läßt sich außerdem anführen, daß der Elternteil mit Unterhaltspflichten belastet ist: Es erscheint gerecht, im Rahmen des (allerdings noch zu konkretisierenden) Möglichen seiner finanziellen Pflicht ein persönliches Recht korrespondieren zu lassen. Diese Rücksichtnahme auf die Belange des Elternteils ist hingegen nicht in allen Fällen angebracht. Nicht immer ist der Elternteil schutzwürdig. Wo er sich selbst vom Kind gelöst hat, wo er seine verbliebenen Pflichten gegenüber dem Kind grob vernachlässigt und sich um dieses lange Zeit nicht gekümmert hat, besteht kein Anlaß, das Umgangsrecht zu dulden, wenn das Kind - wie in Streitfällen fast ohne Ausnahme gegeben - durch dieses beunruhigt wird, mögen auch die Gründe zum Ausschluß nach § 1634 Abs. 2 S. 2 noch nicht ausreichen. Hier müssen die Korrekturen, die das Gesetz zuläßt, vorgenommen werden, da erst diese Korrekturen dem Sinn des Gesetzes gerecht werden.

Betrachten wir unter dem Gerechtigkeitsgesichtspunkt nun noch die Falllösung der herrschenden Lehre. Diese kann die auf theoretischem Wege gewonnene Erkenntnis durch keine Schutzwürdigkeitsüberlegung rechtfertigen. Sie nimmt Beeinträchtigungen des Kindes auch dort in Kauf, wo der Elternteil aus keiner Sicht schutzwürdig ist. Er ist dem Kind weder menschlich verbunden, noch hat er die Pflichten, um deren Ausgleich willen man ihm auch das Umgangsrecht gegeben hat, gegenüber dem Kind erfüllt. Warum sollte man dem Elternteil dann ein Umgangsrecht zubilligen, durch das das Kind mit großer Sicherheit beeinträchtigt wird? Warum vergrößert man auf diese Weise den Abstand zum nichtehelichen Vater, dem im

454) Hiergegen aber Simitis, a.a.O., S. 109 f. mit gewichtigen Argumenten.

Regelfall (zumindest) weniger vorzuwerfen ist. Die unbillige Lösung folgt aus dem falschen Ansatz. Die herrschende Lehre schützt nicht die Beziehungen zwischen Elternteil und Kind als lebendige menschliche Bindung, die im Rahmen des Möglichen erhaltens- und schützenswert sind, sondern sie schützt die "Blutsbeziehung", d.h. aber die Familie als Fassade ohne innere Substanz⁴⁵⁵). Dadurch wird auch im Regelfall die lebensfähige Beziehung des sorgeberechtigten Elternteils zum Kind negativ berührt, von der Beeinträchtigung des Kindes ganz abgesehen. Im Kindschaftsrecht wird somit prinzipiell noch die gleiche Position vertreten, die im Eherecht mit der Aufgabe einer institutionellen Eheauffassung schon verlassen wurde. Im Ehe- wie im Eltern-Kind-Verhältnis ist es aber allein die konkrete menschliche Tiefenbeziehung, die schützenswert ist.

Ergänzend ist noch darauf hinzuweisen, daß die hier vertretene Auffassung - auch auf weite Sicht - keine Neuordnung des Verhältnisses des Individuums zur Gesellschaft impliziert, auch wenn - um an den letztgenannten Fall anzuknüpfen - einem Elternteil das Umgangsrecht ohne eine konkrete Gefährdung des Kindes versagt wird. Der Staat ist hier allein als streitentscheidende Macht zwischen den Mitgliedern einer Familie eingesetzt. Er nimmt dem abwesenden Elternteil nicht das Umgangsrecht zugunsten gesellschaftlicher Institutionen, sondern er billigt ihm kein Umgangsrecht zu, um der lebensfähigen Gemeinschaft der verbliebenen Familie willen. Der Einfluß des Staates auf das Individuum wird durch die hier vertretene Lösung also in keiner Weise vergrößert: Der Staat entscheidet nur einen Streit zwischen Privatpersonen. Nur wenn zwischen diesen Konflikte bestehen, kommt die Sache vor Gericht. Auch die dargelegte Auffassung will vornehmlich die Erschütterungen und Beunruhigungen des Kindes - und des sorgeberechtigten Elternteils - in Streitfällen beenden. Wenn der sorgeberechtigte Elternteil den Kontakt des Kindes mit dem anderen Elternteil wünscht: niemand wird ihn daran hindern. Wenn das Kind den anderen Elternteil besuchen will: niemand will es daran hindern. Alles, was erreicht werden soll, ist eine eindeutige Entscheidung in Streitfällen. Damit sind klare Verhältnisse geschaffen.

455) Siehe Gastager, Die Fassadenfamilie, S. 162.

Vorbei ist es dann für das Kind im Kleinkind- und Grundschulalter, dem die Gesetzesreform nichts gebracht hat, mit dem Hin- und Hergerissenwerden zwischen Eltern, die sich offen oder versteckt befehden. Das Kind ist dann nicht mehr dem Zwang ausgesetzt, zu einem Elternteil gehen zu müssen, der sich nicht bemüht hat, ein inneres Verhältnis zu ihm aufzubauen, und es ist dann - um abzuschließen - in bestimmten Grenzfällen zu Ende mit all den bekannten Konflikten, die das Umgangsrecht bei gerichtlichem Streit mit sich bringt.

3. Pragmatisches Denken statt Grundsätzlichkeitsdenken?

Der von Diederichsen erhobene Vorwurf der "Müßigkeit"⁴⁵⁶⁾ kann demnach gegenüber dem Streit um das Wesen des Umgangsrechts nicht aufrechterhalten werden. Ob man den Streit für die Rechtsfindung als "unfruchtbar und eher störend" empfindet, wie Evan-von Krbek⁴⁵⁷⁾, hängt in praktischer Hinsicht davon ab, wie man zu den Entscheidungsvorschlägen der einzelnen Theorien steht, in theoretischer Beziehung davon, wie man den Stellenwert eines prinzipiellen Denkens bei der Entscheidungsfindung veranschlagt. Neben Evan-von Krbek halten auch andere Verfasser ein prinzipielles Denken nicht für geeignet, zu sachgerechten Lösungen im Einzelfall zu führen. So sieht Giesen⁴⁵⁸⁾ im "pragmatische(n)...Bemühen um sachdienliche Einzelfallgerechtigkeit" und nicht in "fallfernem Grundsätzlichkeitsdenken" das richtige Verfahren, die Probleme um § 1634 zu lösen. Dazu habe man - so Giesen - von der Frage auszugehen, "wie sich die erfahrungsgemäß häufig sehr negativen Auswirkungen des Zusammenbruchs der Gemeinschaft elterlichen Zusammenwirkens zum Wohl der Kinder und der darauf folgenden Konzentration des Sorgerechts bei nur einem Elternteil im ganz konkreten Einzelfall mildern lassen".

Diese Frage ist indessen nur scheinbar pragmatisch. In Wahrheit will Giesen damit den Weg zu einer anderen Wertentscheidung eröffnen als zu derjenigen, die die herrschende Lehre vertritt. Giesen wünscht ein Umgangsrecht, das mehr die Belange des Kindes

456) Palandt-Diederichsen, 35. Aufl. 1976, § 1634 Anm. 1a.

457) Evan-von Krbek, ZBlJugR 1976, 45 f.

458) Giesen, NJW 1972, 226.

und des sorgeberechtigten Elternteils berücksichtigt. Demgegenüber begünstigt das von der herrschenden Lehre praktizierte Grundsätzlichkeitsdenken den umgangsberechtigten Elternteil. Diese Gegensätze sind mit pragmatischem Denken aber nicht aufzuheben. Denn auch die herrschende Meinung folgt dem prinzipiellen Denken - so dürfen wir unterstellen - gleichfalls im allgemeinen nicht ohne den Blick auf das Ergebnis: Sie entscheidet im Umgangsrecht auch deshalb wie geschildert, weil sie den umgangsberechtigten Elternteil - mehr noch als das Kind und den sorgeberechtigten Elternteil - als benachteiligt - und daher als schützenswert - ansieht. Wer diese Einstellung hat, kommt mit pragmatischem Denken zu keinem anderen Ergebnis als mit prinzipiellem Denken: Er wird die Beeinträchtigungen des umgangsberechtigten Elternteils gegenüber denen des Kindes und denen des sorgeberechtigten Elternteils hervorheben. Das ist zu belegen. So sind Schwoerer - um einen der profiliertesten Kenner der Materie zu nennen - die dem Kind durch das Umgangsrecht drohenden Gefahren genau bekannt. Dennoch vertritt er mit Nachdruck den Standpunkt der herrschenden Lehre: nicht weil er pragmatischem Denken abgeneigt ist, sondern weil er eine andere Wertanschauung besitzt als Giesen. Schwoerer sieht den umgangsberechtigten Elternteil mehr betroffen als das Kind⁴⁵⁹).

Richtig ist an der Ansicht Giesens allerdings, daß eine genauere Kenntnis der Gefahren für das Kindeswohl, die aus dem Umgangsrecht resultieren, manche Vertreter der herrschenden Lehre zu einer Revision ihrer Wertung veranlassen könnte. Das gilt aber nicht (oder nur bedingt) gegenüber denjenigen Fachvertretern, die - mit der Faktenkenntnis ausgestattet - anders werten. So ist denn auch die herrschende Auffassung nicht wegen des Grundsätzlichkeitsdenkens zu kritisieren, sondern wegen der unzeitgemäßen Wertung, die sich in der Lehre vom natürlichen Elternrecht ausdrückt. Der Wert eines prinzipiellen Denkens ist schon deshalb unbestreitbar, weil dieses durch die Offenlegung der Wertung auf längere Sicht Vorausschbarkeit und Rationalität der richterlichen Entscheidung im Einzelfall schafft. Daher sind die Probleme um § 1634 in erster Linie durch eine neue grundsätzliche Wertentscheidung, die freilich auf das Ergebnis blicken muß, wenn sie auch nicht allein dadurch bestimmt wird, zu lösen.

459) Siehe etwa Schwoerer, FamRZ 1969, 370.

7. Kapitel: Die gesellschaftliche Basis der Auffassungen zum Wesen des Umgangsrechts und des Eltern-Kind-Ver- hältnisses

I. Der Wandel des gesellschaftlichen Wertesystems und sein Einfluß auf die gesetzliche Norm

In der folgenden Erörterung wechseln wir die Blickrichtung: wir gehen von der rechtlichen zur soziologischen Betrachtungsweise über. Ziel ist es, das Wissen über das Wesen des Umgangsrechts durch eine Untersuchung der gesellschaftlichen Grundlagen der behandelten Ansichten zu vertiefen. Konkret ist beabsichtigt, zu zeigen, daß die hier vertretene Meinung sowohl in bezug auf das Wesen des Umgangsrechts als auch in bezug auf das Wesen des Eltern-Kind-Verhältnisses insgesamt dem sozialen, geistigen und sittlichen Entwicklungszustand der Gesellschaft, wie sie heute besteht, besser entspricht als die Auffassung der Gegenseite. Soweit es möglich ist, wird versucht, dies mit soziologischem Material zu belegen.

1. Der funktionale Zusammenhang von Werten und Normen

Unter dem rechtlichen Wesen wurde in dieser Arbeit die für eine bestimmte Rechtsvorschrift geltende Leitidee der Interessenbewertung des Gesetzgebers verstanden. Übertragen wir die Begriffe "Leitidee des Gesetzgebers" und "Rechtsvorschrift" in soziologische Kategorien, so stoßen wir auf die Begriffe "Wert" und "Norm". Werte sind kulturspezifische Maßstäbe, die menschlichen Gruppen zur Orientierung dienen und zahlreichen gesellschaftlichen Normen zugrunde liegen⁴⁶⁰). Wie ersichtlich ist, läßt sich der soziologische Begriff des "Wertes" mit dem des rechtlichen "Wesens" vergleichen: die "kulturspezifischen Maßstäbe" entsprechen den "rechtlichen Leitgedanken", in der angesprochenen "menschlichen Gruppe" vermögen wir den die Gesellschaft weitgehend repräsentierenden Gesetzgeber zu erkennen, und die "gesellschaftliche Norm"

460) Derselbe Wert kann Bezugspunkt einer größeren Anzahl spezieller Normen sein, aber auch eine spezielle Norm kann sehr verschiedene Werte repräsentieren (vgl. Morel, in: FK Sozialer Wandel, S. 206 f.).

äußert sich schließlich in der speziellen Gestalt der "Rechtsvorschrift".

Der Gesetzgeber als gesellschaftliche Instanz setzt die Werte in konkrete rechtliche Normen um bzw. richtet vorhandene Normen durch gesetzliche Änderungen an neuen Werten aus. Beispiele hierfür gibt es in großer Zahl: aus dem Familienrecht ist etwa der Einfluß zu nennen, den bestimmte Ansichten über die Ehe auf die Gestaltung des Scheidungsrechts ausüben. So wird eine primär auf die Erzeugung von Nachkommenschaft oder auf die Erfüllung des Sexualtriebes bezogene Eheauffassung dazu tendieren, im geschlechtlichen Unvermögen einen Eheauflösungsgrund zu sehen. Eine in erster Linie auf die konkrete menschliche Beziehung abstellende Eheauffassung wird hingegen dazu neigen, vornehmlich die Zerrüttung der Ehe als Scheidungsgrund zu werten⁴⁶¹⁾. Denselben Zusammenhängen zwischen Werten und Normen sind wir auf der Ebene der Gesetzesinterpretation in dieser Arbeit bei der Frage begegnet, welche Rechtsfolgen die Lehre vom natürlichen Elternrecht nahelegt und welche die hier vertretene Auffassung.

Zur Erläuterung des funktionalen Zusammenhanges von Werten und Normen mögen diese Hinweise genügen. In der Folge wollen wir uns allein mit den in dieser Abhandlung angesprochenen Werten befassen. Das Ziel ist, möglichst exakt festzustellen, in welchem Verhältnis die genannten Werte der genetischen, sozialen und emotionalen Elternschaft zueinander stehen und in welcher Reihenfolge sie in der gesellschaftlichen Wertordnung, wie sie im Recht dokumentiert ist, zu plazieren wären.

2. Die Werte im Eltern-Kind-Verhältnis: genetische, soziale, emotionale Elternschaft

Am Ende des vorigen Jahrhunderts und nach Auffassung der h.M. auch nach dem 2. Weltkrieg konnte man im Recht die genetische Elternschaft als obersten Wert feststellen: Eltern sind diejenigen Personen, die ein Kind gezeugt und geboren haben. Da andere Werte - wenn überhaupt, so nur ganz untergeordnet - neben diesem

461) Vgl. Mikat, FamRZ 1962, 274.

Wert galten, hatte der Wert der genetischen Elternschaft eine einzigartige Stellung inne. Die solitäre Position dieses Wertes erkannten wir u.a. an seiner religiösen oder quasi religiösen Überhöhung: die genetische Elternschaft fand im "natürlichen Elternrecht" und damit in einer transzendenten Dimension eine Heimat, womit der bewußte oder unbewußte Wunsch verbunden war, sie damit aller Anzweiflung enthoben zu sehen. Die Kritik, die ein solches Verfahren in der Literatur erfährt⁴⁶²⁾, entbehrt der Berechtigung nicht, wenngleich man sich bewußt sein muß, daß es "normal" ist, daß eine Gesellschaft versucht, ihre obersten Werte in der Transzendenz zu verankern. Dies offenbart nur einmal mehr die Bedeutung, die diese Werte für das gesellschaftliche Zusammenleben besitzen. Wie sehr die religiöse Überhöhung grundlegender gesellschaftlicher Werte üblich ist, ersieht man auch aus der Tatsache, daß sich viele bedeutende Soziologen auf ihrer Suche nach den Gesetzmäßigkeiten des sozialen Lebens mit religiösen Phänomenen auseinandergesetzt haben⁴⁶³⁾. In bezug auf das "natürliche Elternrecht" muß sich die Kritik allerdings dagegen richten, daß es weltanschaulich (religiös) gebundenen Gruppen, die nicht die Gesamtgesellschaft repräsentieren, als Mittel dazu dient, ihren gruppenspezifischen Maßstäben den Anschein eines höheren Rechts zu geben. Zu mildern ist diese Kritik allerdings wegen der speziellen geistigen Situation nach dem Zusammenbruch des Unrechtsstaates, die in Rechnung zu stellen ist⁴⁶⁴⁾.

Im Laufe der Zeit traten, so stellten wir fest, neben den höchsten Wert weitere Werte. Der zunächst zu beobachtende neue Wertinhalt wurde mit dem Begriff "soziale Elternschaft" gekennzeichnet: Eltern sind nicht nur aus dem Grunde Eltern, weil sie mit dem Kinde blutsverwandt sind, sie sind es auch deshalb, weil sie mit der Pflege und Erziehung des Kindes Elternaufgaben wahrnehmen.

462) Vgl. z.B. Kübler, AcP 162 (1963), 125; Welzel, Wahrheit und Grenze, S. 12; Richert, Das zweite Deutschland, S. 226.

463) Siehe z.B. die bekannte Schrift Max Webers "Protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus".

464) Das "natürliche Elternrecht" bildet gewissermaßen die Reaktion auf die Eingriffe der NSDAP in die Familie. Zu letzterem vgl. Eschenburg, Staat und Gesellschaft, S. 448. Doch bleibt zu bedenken, daß die eigentliche Blütezeit des natürlichen Elternrechts im Familienrecht erst begann, als die totalitäre Periode schon geraume Zeit zurücklag.

Im engen Zusammenhang mit der "sozialen Elternschaft" stießen wir im Verlaufe der weiteren Erörterung schließlich noch auf einen dritten Wertinhalt der Elternschaft: Eltern zeichnen sich nicht nur dadurch aus, daß sie das Kind gezeugt und geboren haben, auch nicht nur durch den Umstand, daß sie die Pflege und Erziehung des Kindes wahrnehmen, sondern auch dadurch, daß sie dem Kind als Eltern innerlich verbunden sind und daß sich das Kind an sie innerlich gebunden hat (emotionale Elternschaft bzw. emotionales Eltern-Kind-Verhältnis).

Für den statistischen Normalfall des sozialen Lebens sind folgende Zusammenhänge zwischen den verschiedenen Wertinhalten der Elternschaft festzuhalten: Eltern sind zunächst genetische Eltern, indem sie das Kind zur Welt bringen, sie werden zu sozialen Eltern, indem sie das Kind aufziehen und sie werden schließlich auch zu emotionalen Eltern, indem sich das Kind an sie bindet. Es ist also ein Entwicklungsverhältnis sichtbar, das von der genetischen über die soziale zur emotionalen Elternschaft bzw. zum emotionalen Eltern-Kind-Verhältnis führt. Von den Eltern aus betrachtet, sind Modifizierungen des Stufenverhältnisses möglich und oft gegeben: Eltern stehen nicht selten dem Kind schon durch die genetische Elternschaft in Verbundenheit gegenüber, oft herrscht sogar eine positive Erwartungshaltung bereits vor der Geburt des Kindes, wenngleich sich auch bei den positiv gestimmten Eltern durch die später folgende soziale Elternschaft meist die emotionale Elternschaft intensiviert (das Kind wächst den Eltern ans Herz).

Wegen dieser im sozialen Leben üblicherweise anzutreffenden Entwicklung von der genetischen über die soziale zur emotionalen Elternschaft wurden bisher in diesem Kapitel die drei Werte als gleichrangig und nebengeordnet dargestellt: "Eltern sind nicht nur ..., sondern auch ...". Die harmonisierende Betrachtungsweise geben wir nunmehr auf: auch familiale Werte treten im sozialen Leben nicht immer harmonisch miteinander auf, sondern sie treten

auch gegeneinander an⁴⁶⁵⁾. Weil Werte auch aufeinanderstoßen, muß ihnen der Gesetzgeber im Recht einen bestimmten Platz zuweisen: er gleicht die Werte aus, verzichtet oft sogar im Dienste höher erachteter Werte auf geringer einzustufende oder weist den letzteren partielle Bereiche zu, wo sie mit den höheren Werten nicht in Widerspruch geraten können. Die Tatsache, daß Werte miteinander ausgeglichen werden müssen, daß notwendigerweise manche bevorzugt, andere zurückgesetzt werden, zeigt, daß die Werte nicht - wie bisher hier angenommen - beziehungslos nebeneinander stehen, sondern in einer bestimmten Rangordnung zueinander. Diese Stellung der Werte im (gesellschaftlichen) Wertesystem, wie es im Gesetz zum Ausdruck kommt⁴⁶⁶⁾, wollen wir uns nunmehr klarmachen. Wir können dazu im wesentlichen an die Erkenntnisse anknüpfen, die bei der Erörterung des Umgangsrechts gewonnen wurden. Die Ergebnisse sind weitgehend verallgemeinerungsfähig, d.h. für das Eltern-Kind-Verhältnis in seiner Totalität gültig, weil das Umgangsrecht seinem Ideengehalt nach an die Grundfragen des Eltern-Kind-Verhältnisses rührt, was etwa auch aus der Tatsache ersichtlich ist, daß die herrschende Lehre dem Umgangsrecht einen überpositiven Gehalt beimißt. Auch wenn letzterem nicht zuzustimmen ist, so bleibt doch wahr, daß sich am Umgangsrecht erweist, wie eine Gesellschaft über das Eltern-Kind-Verhältnis denkt.

3. Die Änderung der Rangordnung der Werte im Eltern-Kind-Verhältnis

a. Die emotionale Elternschaft als oberster Wert

Die genetische Elternschaft mußte - so stellten wir fest - einen empfindlichen Positionsverlust hinnehmen. Es kamen andere Werte

465) Siehe zur vergleichbaren rechtlichen Problematik Boehmer, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, S. 195, der zunächst darauf hinweist, daß - anders als sonst im Privatrecht - im Familienrecht nicht der Interessengegensatz, sondern die Interessengemeinschaft die wesentliche soziologische Grundlage der rechtlichen Normvorstellung bildet. Doch hat es andererseits die familienrechtliche Friedensordnung - nach Boehmer - auch außerhalb pathologischer Rechtszustände oft mit der Wertung entgegengesetzter Interessen und ihrem Ausgleich zu tun.

466) Vgl. Zippelius, Methodenlehre, S. 64. Zippelius führt aus, daß das herrschende Rechtsethos meist auch einen Niederschlag im Gesetz gefunden hat.

neben ihr auf, die in den Vordergrund rücken konnten. Die genetische Elternschaft steht nun nicht einmal mehr gleichrangig neben den neuen Werten, sondern unter diesen. Bezüglich des Wertes der emotionalen Elternschaft ist dies eindeutig zu belegen. Wir sehen nämlich, daß die Blutsverwandtschaft nur noch etwas gilt, wenn aus ihr, wie in der Regel, auch eine persönliche Verbundenheit zwischen Elternteil und Kind entstanden ist. Der einstmals höchste Wert der genetischen Elternschaft ist nunmehr nur noch als Mittel zu dem höheren Wert der emotionalen Elternschaft anerkannt. Die Abhängigkeit der genetischen Elternschaft von der emotionalen geht sogar so weit, daß der Wert der Blutsbeziehung - denkt man die Mittlerfunktion weg - auf nahezu gleich Null sinkt: die Gesellschaft nimmt im Interesse des Kindes wie in ihrem eigenen Interesse bei "Bedarf" einem nur blutsmäßigen Elternteil, der keine persönliche Beziehung zum Kind hat, das Kind völlig (§ 1748 n.F.). Damit ist gleichzeitig die genetische Elternschaft praktisch ihrer transzendenten Überhöhung entkleidet. Dieser außerordentliche Positionsverlust der genetischen Elternschaft scheint zwar zunächst das erstaunlichste Faktum zu sein: es ist jedoch schon hier zu überlegen, ob der Aufstieg des neuen Wertes der emotionalen Elternschaft nicht noch viel erstaunlicher ist. Die Antwort hierauf wird sich im weiteren Verlaufe der Untersuchung ergeben.

Das bisherige Ergebnis der Erörterung lautet also, daß im gesellschaftlichen Wertesystem der Wert der persönlichen Verbundenheit über dem Wert der Blutsbeziehung rangiert. Damit ist allerdings die Spitzenstellung des erstgenannten Wertes noch nicht dargetan: erst ist noch zu klären, in welchem Rangverhältnis der Wert der emotionalen Elternschaft zu dem der sozialen Elternschaft steht.

Auch die soziale Elternschaft steht in einer Zweck-Mittel-Beziehung zur emotionalen Elternschaft. Schon daraus ist zu schließen, daß sie der emotionalen Elternschaft nachgeordnet ist. Doch bestehen an dieser Stelle noch Zweifel: Vom Kind aus betrachtet ist zwar diese Mittelbeziehung immer vorhanden - das Kind bindet sich nur oder fast nur unter diesen Voraussetzungen an bestimmte Eltern -, von den Eltern aus betrachtet braucht diese Mittelbeziehung aber

nicht zu bestehen: hier kann es eine direkte Verbindung von der genetischen zur emotionalen Elternschaft geben. Eltern können dem Kind auch - ohne sozial Eltern zu sein - in enger Verbundenheit gegenüberstehen.

Daher haben wir uns noch andere Kriterien des Ranges vor Augen zu führen. Greifen wir wieder auf das Umgangsrecht zurück: am Umgangsrecht sahen wir, daß die Rechtsordnung auch dann noch einen Elternteil als Elternteil ansieht, wenn er an der Pflege und Erziehung des Kindes nicht mehr beteiligt ist, also nicht mehr in der sozialen Elternstellung steht, sofern er nur dem Kinde noch innerlich verbunden ist. Auch am Adoptionsrecht (§ 1748 n.F.) ist zu sehen, daß die Rechtsordnung diesbezüglich trotz möglicherweise abweichender Belange des Kindes einen Elternteil noch so lange als Elternteil respektiert, solange dieser noch eine persönliche Beziehung zum Kind besitzt, mag er auch nicht (mehr) in der sozialen Elternstellung stehen. Die emotionale Elternschaft rangiert also danach, das kann nunmehr als belegt gelten, über der sozialen Elternschaft.

Zur Rangordnung der Werte im Eltern-Kind-Verhältnis ist zusammenfassend somit wie folgt Stellung zu nehmen: Die emotionale Elternschaft, also die innere Verbundenheit von Elternteil und Kind, steht an der Spitze der Wertehierarchie. Solange diese Verbundenheit - vom Elternteil aus gesehen - vorhanden ist, bleiben Eltern in der gesellschaftlichen Anschauung, d.h. auch rechtlich, die Eltern des von ihnen zur Welt gebrachten Kindes. Die emotionale Elternschaft rangiert vor der sozialen und vor der genetischen Elternschaft. Wie schon bei der Behandlung des Umgangsrechts erwähnt, ist das unter anderem daran ersichtlich, daß eine Person auch Elternteil sein kann, ohne daß eine Blutsbeziehung zum Kind besteht (Adoptiveltern, Scheinvater), daß weiterhin die Blutsbeziehung noch nicht einmal ausreichend ist, um als Elternteil anerkannt zu werden (nichtehelicher Vater bis 1970). Schließlich kann ein Elternteil weiter Elternteil sein, ohne noch sozial die Elternstelle einzunehmen (§ 1634), ein Elternteil ist aber nicht mehr als Elternteil anerkannt, wenn er dem Kinde nicht persönlich verbunden ist (§ 1748 n.F.).

b. Das Verhältnis der nachrangigen Werte genetische und soziale Elternschaft zueinander

Aber nicht nur die Spitze des Wertesystems interessiert. Auch mit der Frage, in welchem Verhältnis die beiden nachrangigen Werte der Blutsverwandtschaft und der sozialen Elternschaft zueinander stehen, wollen wir uns noch kurz beschäftigen. Auch zwischen diesen beiden Werten läßt sich eine Rangordnung feststellen. Zunächst weist schon die Zweck-Mittel-Analyse diese Rangordnung aus: der Wert der Blutsverwandtschaft ist im Regelfall das Mittel zur sozialen Elternschaft. Hier ist allerdings einzuschränken: die genetische Elternschaft ist nicht so unbedingt von der sozialen Elternschaft abhängig wie von der emotionalen Elternschaft. Die genetische Elternschaft ist zwar ohne die persönliche Verbundenheit nichts mehr "wert", wohl aber zählt sie auch etwas ohne die soziale Elternschaft. Daher sind noch andere Kriterien zu suchen, um das Rangverhältnis dieser beiden Werte eindeutig festlegen zu können. Den Maßstab finden wir, wenn wir das Verhältnis der genannten Werte zum obersten Wert betrachten. Die soziale Elternschaft steht dem heute obersten Wert auf der vorausgesetzten Wertskala näher als die genetische Elternschaft. So ist das emotionale Eltern-Kind-Verhältnis, d.h. die uneingeschränkte emotionale Elternschaft, worin die Bindung des Kindes an den Elternteil inbegriffen ist, nur durch die soziale Elternschaft, durch Pflege und Erziehung des Kindes bzw. durch die Vermittlung einer Pflegeperson erreichbar, nicht aber durch die genetische Elternschaft. Die blutsmäßige Elternschaft führt (bestenfalls) nur zu einer eingeschränkten emotionalen Elternschaft: zwar u.U. zur Verbundenheit des Elternteils mit dem Kind, nicht aber zu einer gegenseitigen persönlichen Verbundenheit von Elternteil und Kind. Weiter ist - statistisch gesehen - die soziale Elternschaft in aller Regel häufiger als die genetische Elternschaft mit dem höchsten Wert gekoppelt: Die Verbundenheit der Eltern mit dem Kind zeigt sich im allgemeinen in der Wahrnehmung der Pflege und Erziehung des Kindes. Diese Koppelung ist sogar so häufig, daß der Rechtsordnung im Regelfall die soziale Elternschaft als Zeichen einer emotionalen Verbundenheit genügt, während ihr die Blutselternschaft als Zeichen nicht ausreicht: Eltern, die das Kind in fremde Hände geben - in ein Heim oder zu

Pflegeeltern - müssen in Zweifelsfällen der Gesellschaft ihre Bindung an das Kind nachweisen⁴⁶⁷⁾. Der Nachweis kann nicht mit der engen Blutsverwandtschaft geführt werden, belegt werden muß vielmehr zumindest ein Teilaspekt der sozialen Elternschaft: der Elternteil muß etwa zeigen, daß er sich um das Kind kümmert. Oder betrachten wir das Rangverhältnis noch von einer anderen Seite aus: Im gesellschaftlichen Bewußtsein wird die das Kind betreuende Pflege- oder Adoptivmutter höher eingeschätzt als die nichtbetreuende leibliche Mutter, höher auch als der nichtbetreuende (eheliche oder nichteheliche) leibliche Vater.

Wenn wir also die Werte, die zur Elternschaft gehören, in einer Wertepyramide anordnen, so finden wir als höchsten Wert die persönliche Verbundenheit, die unabdingbar zur Elternschaft gehört. Abdingbar ist die genetische Elternschaft, abdingbar auch die soziale Elternschaft. Während die genetische Elternschaft aber völlig fehlen kann, muß die soziale Elternschaft zumindest noch partiell vorhanden sein.

4. Diskussion der Kritik

Die Darlegungen zum Platzwechsel der Werte in der Rangordnung und zur gegenwärtigen Stellung der Werte im Wertesystem der Gesellschaft sollten zunächst zeigen, daß die beim Umgangsrecht erkannten Gegebenheiten von grundlegender Bedeutung für das gesamte Eltern-Kind-Verhältnis sind. Gleichzeitig wollten wir damit über die teils unrichtigen, teils banalen Aussagen hinausgelangen, die häufig in bezug auf das Eltern-Kind-Verhältnis anzutreffen sind, weil die Betrachter dieses Verhältnis entweder mit weltanschaulicher Voreingenommenheit beurteilen oder mit den "Methoden der Alltagsforschung"⁴⁶⁸⁾ würdigen. Gerade weil das Eltern-Kind-Verhältnis jedem aus eigener Anschauung bekannt ist, ist an der Beurteilungskompetenz zu zweifeln: gerade die selbstverständlichen Gebilde

467) Praktisch sind aber nur Eltern aus der Unterschicht gezwungen, ihre Bindung an das Kind zu dokumentieren.

468) Opp, Soziologie im Recht, S. 49.

werden häufig falsch beurteilt⁴⁶⁹⁾. Für eine weltanschaulich begründete Einseitigkeit mußten wir die allein auf die Blutsverwandtschaft abstellende herrschende Lehre rügen. Eine laienhafte und daher unrichtige Beurteilung der rechtlichen Eltern-Kind-Beziehung ist, wie nunmehr gezeigt werden soll, anderen vorzuziehen. So meint Wuppermann⁴⁷⁰⁾ kritisch zu unseren früheren Darlegungen, es würde "zu sehr auf die soziale Elternschaft" abgehoben. Die Familie bestehe, so führt der Kritiker demgegenüber aus, "in ihrer Existenz grundsätzlich auf genetischer Abstammung und sozialem Zusammenleben. Keines von beiden sollte unterschätzt werden, keiner der beiden Faktoren sollte aber auch überschätzt werden. Auch das Zusammengehörigkeitsempfinden zwischen Eltern und Kindern beruht" - so Wuppermann - "auf beiden Faktoren".

Vorweg ist zu bemerken, daß Wuppermann in seiner Kritik nicht genügend beachtet hat, daß sich unsere früheren Ausführungen gegen die damals im Umgangsrecht noch nahezu einhellig und sehr einseitig vertretene Blutstheorie gerichtet haben. Dadurch sind in der Darlegung Akzente zu finden, die bei "neutraler" Sachbehandlung wahrscheinlich nicht gesetzt worden wären. Freilich ist damit auch die Gefahr heraufbeschworen worden, nicht ganz richtig verstanden zu werden. Schon damals wurde allerdings allein gegen die - so wörtlich - "nur biologische Anknüpfung", den "nur biologischen Ansatz", die "rein biologische Elternschaft" angegangen und nicht gegen die blutmäßige Elternschaft schlechthin, wenngleich inzwischen, das ist zuzugeben, die Ausführungen weiter gemäßigt worden sind. Doch verlassen wir diese Frage und befassen uns, was wichtiger ist, nun mit Wuppermanns Ausführungen. Eine weltanschauliche Verengung des Blicks ist Wuppermann - anders als der herrschenden Lehre - nicht vorzuwerfen. Er ist immerhin der Auffassung, daß sich das "natürliche Eltern-Kind-Verhältnis" aus dem "genetischen wie sozialen Eltern-Kind-Verhältnis" zusammensetzt. Aber ist diese Feststellung dadurch wesentlich fundierter geworden?

469) Mit aus diesem Grunde hat Bert Brecht seine Stücke verfremdet und oft den Handlungsort nach China verlegt, um eine Distanz des Zuschauers zu schaffen (Der gute Mensch von Sezuan, Der kaukasische Kreidekreis, Turandot, Der Kongreß der Weißwässer u.a.).

470) Wuppermann, RuG 1974, 72.

Zunächst einmal ist die inhaltliche Armut der Bemerkungen zu kritisieren. Die Hinweise auf die biologische und soziale Komponente des Eltern-Kind-Verhältnisses und auf die Wichtigkeit beider Faktoren sind letztlich ohne Aussagewert: für die Rechtsordnung, die zwischen Werten entscheiden muß, ist nicht die Wichtigkeit von Werten maßgebend, sondern das Rangverhältnis, in dem die Werte in der gesellschaftlichen Anschauung zueinander stehen. Über das Rangverhältnis ist aber mit der Bemerkung, daß man keinen der Faktoren unter- bzw. überschätzen sollte, nichts gesagt. Noch angreifbarer aber ist die Tatsache, daß der Kritiker nur die genetische und soziale Elternschaft in den Blick bekommt, während ihm das entscheidende Element des Eltern-Kind-Verhältnisses, die persönliche Verbundenheit, in ihrer grundsätzlichen Bedeutung verborgen bleibt. Die Analyse vermag den höchsten Wert nicht von den anderen Werten zu scheiden. Das Ergebnis der Untersuchung kann dann auch nicht überzeugen. Zum Beweis: in bezug auf das Umgangsrecht müßte Wuppermann, obwohl er von gegenüber der h.L. erweiterten Voraussetzungen ausgeht, zum gleichen unrichtigen Ergebnis kommen wie diese: Während der bestehenden Ehe beruht die Rechtsposition beider Eltern - nach Wuppermann - auf genetischer Elternschaft und sozialem Zusammenleben (§§ 1626, 1631 BGB). Nach der Scheidung und der Neuverteilung der elterlichen Sorge ist beim umgangsberechtigten Elternteil das soziale Zusammenleben mit dem Kinde weggefallen. Die innegehabte Rechtsposition - das Umgangsrecht - beruht nur noch auf der bestehen gebliebenen genetischen Elternschaft.

Was Wuppermann schließlich zum Zustandekommen des Zusammengehörigkeitsgefühls sagt, ist zwar, soweit es die Eltern anbetrifft, richtig, bezogen auf das Kind aber falsch: das Zusammengehörigkeitsgefühl des Kindes beruht nicht auf der genetischen Elternschaft⁴⁷¹⁾. Gerade aus dieser Tatsache entstehen viele Konflikte in der Lebenswirklichkeit. Die Alltagserfahrung des Kritikers genügt zwar, sich in die Psyche der Eltern einzufinden, sie reicht indessen nicht aus, die Psyche des Kindes zu begreifen.

471) Siehe z.B. Hassenstein, Verhaltensbiologie, S. 387.

5. Die Wirklichkeit der Familie aus der Sicht der Soziologie

Sehen wir uns demgegenüber an, wie die Wirklichkeit der Familie von der Wissenschaft beurteilt wird, die es sich zur Aufgabe gemacht hat, die Lebensstatsachen zu durchdringen. In der soziologischen Literatur ist nichts davon zu lesen, daß die Familie auf "genetischer Abstammung und sozialem Zusammenleben" beruhe. Hier heißt es vielmehr wörtlich: "Bereits Durkheim (ist) gegen die Lehre aufgetreten, als gründe die Familie im Blutsband. Eindeutig sprach er es aus, daß Blutsgemeinschaft weder "hinreichende" noch gar "notwendige" Voraussetzung für die Familiengruppe sei. Die Blutsgemeinschaft ist keine hinreichende Ursache für die Begründung der Familiengruppe, weil noch bis vor kurzem das nicht legitimierte uneheliche Kind im sozialen Sinn nicht als mit seinem Vater verwandt angesehen wird. Überhaupt ist in der vergesellschafteten Menschheit die Vorstellung weit verbreitet, daß physische Geburt allein noch nicht genügt, um ein Verwandtschaftsband zu schaffen, vielmehr bedarf es dazu noch einer ausdrücklichen Anerkennung, selbst wenn die "Legitimität" der Geburt über alle Zweifel erhaben ist. Die Blutsgemeinschaft ist auch keine notwendige Voraussetzung für die Begründung der Familiengruppe, da ein adoptiertes Kind durchaus als mit seinen Adoptiveltern verwandt angesehen wird, selbst wenn keinerlei Blutsgemeinschaft vorliegt"⁴⁷²).

Soweit also König zur Bedeutung der Blutsbande für die Struktur der Familie. Positiv schreibt König zum Grundzug der Familie, "daß sie nicht nur auf engster Assoziation und Kooperation gründe.. sondern vor allem auch auf persönlicher Gegenwart in einem ausgesprochenem Intimverhältnis. Dieses Merkmal der persönlichen Gegenwart wurde dann in der weiteren Diskussion aus dem Begriff der Primärgruppe eliminiert, denn der Intimzusammenhang der Familie braucht ja nicht zerstört zu werden, wenn etwa die Familienmitglieder durch das Leben an verschiedene Orte verschlagen werden... Viel entscheidender als das Merkmal der räumlichen Nähe ist das der Intimität; dieses ist in der Tat unaufgebbar, wie man mit Recht

472) König, Materialien, S. 102.

betont hat"⁴⁷³⁾.

Zum weiteren Beweis der Struktur der Familie kann auch Schelsky zitiert werden, der ähnliches wie König sagt: Auch Schelsky betrachtet die Familie als eine Gruppe, deren "wesentliches und unaufgebbares" Merkmal die Intimität und deren eigentliche Aufgabe "die Erziehung der Kinder in einer Sphäre persönlicher Vertrautheit und Fürsorge" ist⁴⁷⁴⁾.

Diese wörtlichen Ausführungen haben nicht nur das Ziel, die Unrichtigkeit einer Gegenauffassung zu erweisen, sie sollen außerdem zeigen, daß bezüglich der Grundgedanken - nicht bezüglich jeder Einzelheit - ein Gleichklang der normativen Situation mit der faktischen festzustellen ist. Es sind dieselben Gegebenheiten, die wir auf der faktischen Ebene als "Wesensmerkmale bzw. sekundäre Merkmale" der Familie antreffen und auf der rechtlichen Ebene als "oberste bzw. nachgeordnete Werte oder Leitgedanken". Die Gegebenheiten, die wir bei der soziologischen Analyse als Tatsachen in einer bestimmten Reihenfolge vorfinden, heben sich bei der normativen Betrachtung in der gleichen Reihenfolge als Werte heraus. Das zeigt aber, daß das heutige Gesetz in bezug auf die Familie die Tatsachen nicht willkürlich zu Werten erhoben hat, sondern daß die Tatsachen grundsätzlich, wenngleich nicht im einzelnen, in der Reihenfolge ins Werthafte transformiert worden sind, in der sie sich auch in den faktischen Verhältnissen als wesentlich zeigen. Das Gesetz hat nicht so einseitig die Blutsverwandtschaft ins Werthafte gesteigert, wie dies die herrschende Lehre annimmt.

Freilich bestehen auch Diskrepanzen zwischen der faktischen Situation und der rechtlichen Wertung. Diese beruhen vornehmlich darauf, daß die Werte aus einer typisierten Lebenswirklichkeit gewonnen wurden und nunmehr aufgrund der Festschreibung im Recht auch dort noch

473) König, Materialien, S. 98. An anderer Stelle betont König übrigens, daß damit Paarung und Zeugung nicht aus der Familie hinweggedeutet werden können, nur würden sie von "Wesensmerkmalen" zu "sekundären Merkmalen" (König, Materialien, S. 105).

474) Schelsky, Wandlungen der deutschen Familie, S. 309; siehe auch Schelsky, Soziologie der Sexualität, S. 27.

normativ Geltung beanspruchen, wo die als typisch vorausgesetzte soziale Situation faktisch nicht oder nicht mehr vorhanden ist. Solange ein Eltern-Kind-Verhältnis in der Lebenswirklichkeit nicht völlig "denaturiert" ist, d.h. noch nicht völlig von der Ordnung abweicht, die im Leben üblicherweise anzutreffen ist⁴⁷⁵⁾, wird das Eltern-Kind-Verhältnis noch rechtlich toleriert: so bleiben Eltern rechtlich so lange die Eltern des von ihnen zur Welt gebrachten Kindes, solange sie dem Kind verbunden sind (§ 1748 n.F.), auch wenn faktisch kein eigentliches Eltern-Kind-Verhältnis mehr besteht, weil die Pflege und Erziehung des Kindes schon an andere Personen übergegangen ist und das Kind den neuen Eltern mehr verbunden ist als den alten. Diese Diskrepanz zwischen Norm und Faktum wird derzeit trotz heftiger Kritik noch hingenommen, es wird die Aufgabe der Zukunft sein, die Rechtsnormen vorsichtig und unter Beachtung aller wesentlichen Gegebenheiten mehr den Tatsachen anzugleichen, als dies heute der Fall ist.

II. Die Grundlage des Wertesystems der herrschenden Auffassung

Nach der Klärung des heutigen gesellschaftlichen (gesetzlichen) Wertesystems hat die nun folgende Untersuchung das Ziel, zu erweisen, daß das Wertesystem, von dem die herrschende Meinung im Eltern-Kind-Verhältnis ausgeht, von den faktischen Voraussetzungen in der Lebenswirklichkeit wie von den geistigen Wurzeln her gesehen, nicht (oder nur noch zum geringsten Teil) der heutigen Gesellschaft zugehört.

1. Ursprung des Wertesystems im Nationalsozialismus?

Das Wertesystem der h.M. entstammt jedoch nicht - das ist gleich am Anfang festzustellen - der Zeit des Nationalsozialismus, wie es in jüngster Zeit mehrfach vorgetragen wurde⁴⁷⁶⁾. Wahrschein-

475) Schelsky, Soziologie der Sexualität, S. 50 weist treffend darauf hin, daß das "Natürliche" - soziologisch betrachtet - kein biologisches Datum ist, sondern ein Anzeichen dafür, daß die Norm unbezweifelt ist: "Das "Natürliche" ist nicht die biologische Natur, sondern die anerkannte Sitte".

476) Lempp, NJW 1972, 316; Metzger, ZBlJugR 1972, 42; Dellian, RuG 1974, 76.

lich haben sich die Kritiker, mit unzureichender historischer Kenntnis versehen, durch den Gleichklang der Worte täuschen lassen ("Blut und Boden"), vielleicht auch teilweise versucht, unter Ausnutzung der Vorstellungen, die die identischen Worte nahelegen, in sophistischer Beweisführung den als mächtig empfundenen Gegner in seine Schranken zu weisen. Auf diese noch nicht einmal partiell zutreffende Behauptung ist nicht einzugehen: Die herrschende Lehre läßt sich in keiner Weise mit der Blut- und Bodenideologie vergangener Jahrzehnte verbinden. Im Umgangsrecht ist dies beispielsweise daran ersichtlich, daß gerade während der nationalsozialistischen Periode die genetische Elternschaft durchbrochen wurde (Berücksichtigung des Kindeswillens, Beschränkung des Umgangsrechts bei Gefährdung des Kindes). In nationalsozialistischer Zeit diente der Blutsgedanke u.a. dazu, die Bevölkerungsvermehrung zu fördern, Eheschließungen zwischen rassefremden Personen zu verhindern und die Ausmerzung "rassisch minderwertiger" Volksgruppen zu begründen. Diesen Inhalt verbindet die herrschende Ansicht gewiß nicht mit ihrer Auffassung: hier steht vielmehr der Gedanke der Staatsabwehr im Vordergrund. Eine Kritik, die am Naheliegenden haften will, kann der herrschenden Meinung nur vorwerfen, das Grundgesetz - vielleicht mitbedingt durch die religiöse Überzeugung - fehlinterpretiert und einseitig ausgelegt zu haben.

2. These: Ursprung des Wertesystems in den sozialen Gegebenheiten einer vergangenen Zeit

Wir wollen in der Folge indessen nach tieferen Ursachen suchen und dabei eine Tatsache zeigen, die den meisten Vertretern der herrschenden Ansicht selbst unbekannt sein wird: nämlich in welchem bedeutendem Umfange ihre Wertvorstellungen mit den sozialen Gegebenheiten einer vergangenen Zeit gekoppelt sind und auf diesen Gegebenheiten beruhen. Die Auffassung der herrschenden Meinung spiegelt die Struktur des Eltern-Kind-Verhältnisses dieser vergangenen Zeit wieder, nicht diejenige unserer Tage. Um dies zu erweisen, wird das Schwergewicht in der folgenden Untersuchung nicht so sehr auf die geistigen Wurzeln der herrschenden Lehre gelegt, als vielmehr auf die faktischen Verhältnisse, mit dem das Wertesystem, das heute noch von der herrschenden Meinung ver-

treten wird, aufs engste verbunden war.

Die hier vertretene These lautet: Die Gesellschaft der vergangen-
genen Zeit, wie sie weltanschaulich neutral genannt werden soll,
erklärte das Faktum der Blutsverwandtschaft zum obersten Wert
im Verhältnis zwischen Eltern und Kindern, weil die Tatsache,
die nach unserer Ansicht in der Gegenwartsgesellschaft die Basis
des höchsten Wertes bildet, die persönliche Verbundenheit zwi-
schen Eltern und Kindern, in der vergangenen Gesellschaft nicht
- oder jedenfalls nicht in der heute anzutreffenden Form - vor-
handen war. Die Blutsbeziehung zwischen Eltern und Kindern war
in der vergangenen Gesellschaft das wesentliche Faktum, das
die Beziehung zwischen Eltern und Kindern aus denjenigen zu
anderen Personen heraushob. Jedenfalls bestand die geistig-
seelische Verbundenheit zwischen Eltern und Kindern - generell
besehen - nicht in dem Maße in der Lebenswirklichkeit, als daß
sie zum Ausgangspunkt eines bisher noch immer seinsverflech-
ten familialen Wertes hätte werden können.

Weil der heute oberste Wert in der Wertehierarchie damals nicht
den tatsächlichen Verhältnissen der Gesellschaft entsprach, war
er auch nicht im allgemeinen Bewußtsein vorhanden. Daher konnte
ihn auch kein Gesetzgeber vertreten: der Wert hätte im luftleeren
Raum gestanden. Beim Wert der genetischen Elternschaft war dies
schon deshalb nicht der Fall, weil dieser Wert seine Entsprechung
in den tatsächlichen Verhältnissen fand: Kinder, die geboren
werden, stammen immer von bestimmten Eltern ab.

Sollte die vorgetragene These sich als richtig erweisen, so wäre
dies aus folgenden Gründen bemerkenswert: Bei einem sog. "ewigen
Gebilde" wie der Familie ist es - zumindest innerhalb überschau-
barer Zeiträume - die Regel, daß sie sich selbst nicht verändert;
es verändert sich vielmehr nur die Blickrichtung, unter der der
Sachverhalt der Familie betrachtet und auf seine wertentscheiden-
den Merkmale hin untersucht wird. Nun ist die hier vertretene
Auffassung jedoch, daß sich nicht nur die Blickrichtung bei
feststehenden seinsmäßigen Gegebenheiten geändert hat, geändert
haben sich auch die ontologischen Daten selbst: Der Blick hat
sich also nicht von der typischerweise vorhandenen Blutsbeziehung

zur typischerweise vorhandenen emotionalen Beziehung verschoben, vielmehr richtet sich der Blick fort von der früher in der Typik allein vorhandenen Tatsache der Blutsbeziehung und hin auf die in der Typik neue Tatsache der persönlichen Bindung^{476a)}.

Die vorgetragene These versuchen wir im folgenden mit einer Erörterung der Familie der vergangenen Gesellschaft zu verifizieren. Wir beschränken uns dabei im wesentlichen auf die Familie des 19. Jahrhunderts, deren Verhältnisse dem BGB vornehmlich die Maßstäbe gaben. Da die sozialen Wurzeln der "konservativen Materie" Familienrecht jedoch noch weiter in die Vergangenheit zurückreichen, ist es mitunter notwendig, noch tiefer in die Zeit zurückzuleuchten. Die gesellschaftliche Wertewelt, deren höchste systematische Verdichtung das Gesetz bildet⁴⁷⁷⁾, wandelt sich langsamer als der sie beeinflussende materielle Unterbau. Daher entstammt das Wertesystem oft nicht den gegenwärtigen, sondern den vergangenen sozialen Zuständen in einer Gesellschaft (cultural lag)⁴⁷⁸⁾. Das gilt in bezug auf das BGB, mehr aber noch im Hinblick auf die herrschende Meinung. Hier wird in der Folge versucht, zu zeigen, daß der Wert der persönlichen Verbundenheit teils wegen der tatsächlichen Verhältnisse nicht entdeckt werden konnte (weil das ihm zugrunde liegende Faktum nicht vorhanden war), teils wegen der überkommenen, von den tradierten Kräften der Gesellschaft

476a) Sollte sich die Feststellung als richtig erweisen, müßte dies Konsequenzen im Hinblick auf die Würdigung der heute vertretenen Auffassungen haben. So ist zu vermuten, daß die Urheber und Förderer der großen geistigen Kräfte der Vergangenheit, die - wie die Kirchen - heute noch Einfluß besitzen, nicht in der Ausschließlichkeit auf den Wert der Blutsbeziehung abgehoben hätten, wenn die in der Typik bestehende Tatsache der persönlichen Bindung zwischen Eltern und Kindern im heutigen Umfang schon zur Zeit der Entstehung der betreffenden Gedanken über das Eltern-Kind-Verhältnis vorhanden gewesen wäre, also zur Grundlage eines Wertes hätte werden können. So ist etwa von der tatsächlichen typischen Lage der Familie zur Zeit Luthers her besehen erklärbar, warum damals der Wert der persönlichen Bindung im Eltern-Kind-Verhältnis nicht realisiert werden konnte, warum der Blick auf der Tatsache der Blutsbeziehung haften blieb, notgedrungen haften bleiben mußte. Das gleiche gilt von der Zeit der Entstehung des Alten oder auch des Neuen Testaments.

477) So König, Materialien, S. 41.

478) Siehe zur näheren Erläuterung etwa Bernsdorf-Wolff, Wörterbuch der Soziologie, S. 144 f. (Stichwort: cultural lag) und in dieser Arbeit Fn. 502.

geprägten Wertsicht keine Aussichten hatte, zum bestimmenden Wert erhoben zu werden, obwohl er vielleicht teilweise bereits vorlag (z.B. im Verhältnis des Kindes zur Mutter in der Mittelschicht).

In der daran anschließenden Untersuchung soll gezeigt werden, daß der in dieser Arbeit als der oberste Wert des Eltern-Kind-Verhältnisses angesprochene Wert der persönlichen Verbundenheit vornehmlich erst in der heutigen Gesellschaft seine Entsprechung in den tatsächlichen Verhältnissen finden konnte, und deshalb erst - dank der nunmehr vorhandenen Basis - gedanklich zum Wert gesteigert werden konnte. Auch werden die geistigen Einflüsse genannt, die dafür verantwortlich zu machen sind, daß dieser Wert aufgegriffen wurde.

III. Die soziale Basis des Werts der Blutsbeziehung: Die Familie in der vergangenen Gesellschaft

Im folgenden soll die Familienstruktur der vergangenen Gesellschaft genauer betrachtet werden. Die vergangene Gesellschaft zieht sich über viele Jahrhunderte und hat dabei Wandlungen durchgemacht. Wir wollen uns auf das 19. Jahrhundert beschränken. Es ist für unsere Zwecke entscheidend, weil das BGB ein typisches Produkt dieses Jahrhunderts ist⁴⁷⁹⁾. Allerdings ist es nicht zulässig, schlechthin von der Familie des vorigen Jahrhunderts zu sprechen. Die bei aller Differenzierung doch im wesentlichen einheitlich strukturierte Familie unserer Zeit, die Familie in der egalitären Massengesellschaft, gab es damals noch nicht. Wenn auch im vorigen Jahrhundert die Familientypen ineinander übergingen, so sind doch deutlich drei Arten von "Familie" zu unterscheiden: die Familie der Oberschicht, die des Bürgertums und die proletarische Familie. In dieser Reihenfolge soll auch die Familienstruktur untersucht werden.

479) So spricht Boehmer treffend davon, daß das am 1.1.1900 in Kraft gesetzte BGB "mehr ein Kind des 19. als eine Mutter des 20. Jahrhunderts" gewesen sei (Boehmer, Einführung in das bürgerliche Recht, S. 83).

1. Die Familie der Oberschicht

Zur Oberschicht zählt der Adel, das Großbürgertum in den Städten und die Gutsherrschaft auf dem Lande. In dieser Schicht sind also die Stützen der alten Gesellschaft vorzufinden. Daher ist diese Schicht für unsere Untersuchung sehr wichtig, wichtiger als die Oberschicht es heute ist. Die im weiteren Sinne "aristokratische Klasse" war im vergangenen Jahrhundert, wenn nicht zahlenmäßig, so doch gesellschaftlich dominant: sie bestimmte den Geist der Zeit, sie bestimmte den Fortschritt in Kultur, Militär und Wirtschaft und nahm auch wesentlichen Einfluß auf den Geist der Gesetze⁴⁸⁰⁾. Im (ursprünglichen) BGB hat diese Schicht deutliche Zeichen gesetzt. So konnte sich der sog. Hohe Adel das Privileg sichern, je nach Stellung durch Hausgesetze oder Hausverfassungen entweder das gesamte bürgerliche Recht oder nur das Recht ihrer "Familienverhältnisse und Güter" abweichend vom BGB regeln zu dürfen. Und bei der Gestaltung des Ehegattenerbrechts etwa wollten die BGB-Verfasser ausweislich der Motive vornehmlich die Situation von "Gutsbesitzern, Großkaufleuten, Fabrikbesitzern und Erblassern in ähnlichen Verhältnissen" berücksichtigt wissen⁴⁸¹⁾. Das nichteheliche Kind erhielt den Unterhalt nur nach der Lebensstellung seiner Mutter - und nicht nach der seiner Eltern - zugesprochen, um u.a. nicht den leichtlebigen Sohn aus vermögendem Hause⁴⁸²⁾ zu stark zu belasten⁴⁸³⁾. Die Sprache des BGB trägt das Siegel dieser Schicht im "standesgemäßen" Unterhalt, der dem nichtehelichen Kind nach

480) Siehe Boehmer, Einführung in das bürgerliche Recht, S. 4.

481) Vgl. Stöcker, Verhandlungen des 49. DJT, Bd. II, K 69.

482) Der jugendliche Draufgänger der herrschenden Schicht - der Student oder Offizier, der die Verkäuferin verführt - bestimmte damals das gesellschaftliche Bild des nichtehelichen Vaters. Inzwischen ist es - zu Unrecht - der triebstarke Sonderschüler geworden (siehe Wydler, Ehe 1974, 69).

483) Mit dem Satz des Code Civil, Art. 340: "La recherche de la paternité est interdite" hatte sich die etablierte Klasse in Frankreich noch in weiterem Ausmaß als in Deutschland durchsetzen können. Bis zur Revolution war auch in Frankreich die Erforschung der Vaterschaft zugelassen, soweit es sich um die Alimente des Kindes handelte. "Man hatte damit jedoch schlechte Erfahrungen gemacht: die Mütter suchten sich unter ihren Beischläfern den reichsten aus, angesehene Männer wurden den ärgerlichsten Verfolgungen ausgesetzt", schreibt Endemann, Familienrecht, S. 651 nicht ohne Verständnis.

§ 1708 Abs. 1 Satz 2 a.F. und dem ehelichen Kind nach § 1610 BGB a.F. zu gewähren war⁴⁸⁴⁾. Wie also sah die Familie in dieser herrschenden Gesellschaftsschicht aus?

Die Ehe wurde in erster Linie um objektiver Zielsetzung willen eingegangen: um den Besitz zu mehren (beim Großbürgertum und beim grundbesitzenden Land"adel"), um Vermögen zu erwerben (bei der Offiziersschicht) und um Erben im Namen und Vermögen zu erzielen (beim Adel), meist wirkten alle Motive zusammen. Aus persönlichen Gründen wurde die Ehe erst nachrangig geschlossen. In dieser Klasse war sie zuallererst eine Einheit des Standes und eine Einheit des Besitzes. Angesichts dieser Zielsetzungen stand die Eheschließung unter der Vormundschaft der Familie⁴⁸⁵⁾. Diese war auf die Hebung und Erweiterung ihres Vermögens, ihres Einflusses und ihrer Macht bedacht und führte in diesem Sinne die entsprechenden Partner zueinander. Zwar wäre es falsch, zu behaupten, daß es auf die freie Entscheidung und die Einwilligung der beiden Verlobten überhaupt nicht ankam und daß deren Liebe zueinander nichts zählte, doch war die Einstellung der Eheschließenden gegenüber dem Willen der beteiligten Familien und gegenüber den materialistischen Zielen nur von untergeordneter Bedeutung: Töchter, die dazu erzogen waren, den zugedachten Ehepartner hinzunehmen, wurden damit getröstet, daß die Liebe schon kommen werde⁴⁸⁶⁾. In Teilen dieser Schicht - besonders im Adel - war dieser Trost jedoch nicht vonnöten: hier wurde die Liebe selbst als Beigabe zur Ehe für überflüssig gehalten. Sie schien Zeichen von Geschmacklosigkeit, Ausdruck vulgärer Gesinnung: wer eine Frau liebe, werde sie nicht heiraten, um sie nicht im späteren Einerlei des Ehealltags zu erniedrigen. Hier betrachtete man, wenn auch nicht überall, so doch weithin, die Vernunft-, Standes- und Besitzhe als Vorzug.

Wie die Eingehung der Ehe nicht von der Zuneigung, so war auch deren Inhalt nicht von der heutigen Vertrautheit und Innigkeit geprägt. Die Ehen in dieser Schicht waren oft in einem desolaten

484) Siehe Endemann, Familienrecht, S. 552, 664.

485) König, Materialien, S. 92.

486) Siehe etwa Thomas Manns Werk "Buddenbrooks" oder Fontanes Roman "Effi Briest".

Zustand. Sie zeichneten sich - das gilt für den Teil der Schicht, der sich bewußt oder im Wege der Doppelmoral über das viktorianische Zeitalter erhob - durch das faktisch lockere Verhältnis zwischen den Gatten und die Neigung zu allerlei ungeordneten Nebenverhältnissen und Abenteuern aus. Hier brach sich die Einstellung derer Bahn, "die sich so mächtig fühlen, daß sie sich über das Gesetz und die Gebote, die für die kleinen Leute gelten, erhaben dünken"⁴⁸⁷⁾. Ein außereheliches Verhältnis berührte das Innere dieser Ehen nicht. Die Geliebte "niederen Standes" gehörte zum Gatten wie teilweise noch der "Galan" zur Ehefrau⁴⁸⁸⁾. Aber auch Ehen dieser Gesellschaftsschicht, die äußerlich in Ordnung schienen, waren von Mißheiligkeiten geprägt: durch die herrschaftsmäßige Struktur, durch die Liebesleere und das beziehungslose Nebeneinanderherleben der Gatten. Diese Aussage gilt besonders für die Schicht unterhalb des Adels, den "Bodensatz der herrschenden Klasse", den aufgestiegenen Bourgeois im städtischen Neupatriziat, in dem sich bereits der Einfluß des viktorianischen Zeitalters spiegelte. Es ist kein Zufall, "daß die Unerfülltheit und Lebensleere vieler damaliger Ehen, das menschliche Einander-fremd-sein der Gatten, die seelische Verhärtung der Männer und die Not der Frauen eines der großen Themen der damaligen gesellschaftskritischen Literatur war und der Frauenbewegung einen entscheidenden Antrieb gab. Schriftsteller wie Balzac, Dickens, Fontane, Flaubert, Tolstoi, Ibsen, Strindberg, Maupassant, Schöpfungen wie Die Frau von 30 Jahren, David Copperfield, Effi Briest, Madame Bovary, Die Kreuzersonate, Anna Karenina, Nora u.a. sind Zeugen, an deren gültiger Aussage nicht zu zweifeln

487) Vgl. Metzger, in: Familie im Umbruch, S. 219.

488) Siehe etwa "Die Fledermaus". Allerdings gehörte im allgemeinen bei der Gattin unter dem Einfluß des viktorianischen Zeitalters der Liebhaber schon nicht mehr so zum Bild wie noch im Jahrhundert zuvor, in dem in den höheren Ständen eine Frau ohne Geliebten bisweilen als reizlos oder gesellschaftlich kompromittiert angesehen wurde (vgl. van Ussel, Die Kleinfamilie, S. 98).

ist"⁴⁸⁹⁾. Genauso freilich wie in der unteren Oberschicht - und wegen der größeren räumlichen Nähe der Gatten zueinander vielleicht noch mehr - spielen diese Probleme auch in der Mittelschichtfamilie eine Rolle. Stellvertretend auch für diese Schicht wird die Frage schon hier erwähnt.

Die Einstellung der Ehepartner zueinander ist für die Frage nach dem Eltern-Kind-Verhältnis bedeutsam, weil vom Klima zwischen den Eheleuten weitgehend auch die Familienatmosphäre abhängt. Mehr noch als in der Familie der Oberschicht hängt freilich in der Mittelschichtfamilie das Familienklima von der Einstellung der Ehepartner zueinander ab, weil die Kinder hier an der Atmosphäre zwischen den Eltern noch mehr teilhaben.

Wenn wir nun die Kinder in die Untersuchung einbeziehen, fragen wir zunächst, in welchem äußeren Rahmen sich das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern vollzieht. Werfen wir hierzu einen Blick in die Landgüter, in die Schlösser oder in die großen Häuser des städtischen Patriziats. Hier finden wir das Ehepaar mit zwei oder drei Kindern versammelt nebst etlichem Personal. Die äußere Lage ist damit mit der im "ganzen Haus" (Riehl) des siebzehnten und achtzehnten Jahrhunderts vergleichbar. Die Familie lebt also in enger Gemeinschaft mit anderen Personen, was die emotionale Interaktion, die Intimität und das Gefühl der eigenen Sphäre erschwert. Der schwachen Verbundenheit innerhalb der Familie entspricht der lebhafteste Kontakt zur Außenwelt: Repräsentation und gesellschaftliche Verpflichtungen erwarten die "Dame des Hauses" und nehmen ihre Zeit in Anspruch. Daher rührte auch die hohe Zahl der Diensthelfer. "Häuslichkeit" kam in solcher Atmosphäre nicht auf. Auch waren der Vater oder die Mutter häufig abwesend: der

489) Wolf-Lücke-Hax, Scheidung und Scheidungsrecht, S. 181. Wolf weist mit Recht darauf hin, daß diese Schriftsteller und ihre Werke auch im Sinne der Soziologie als einer empirischen Wissenschaft den Zustand der Ehe in dieser Epoche dartun. Bestätigt wird dies mittelbar durch Schücking, Das Zusammenfließen der aristokratischen mit der bürgerlichen Kultur, S. 39, der seine soziologische Untersuchung über die Bedeutung von Ehe und Familie in der aristokratischen Kultur auf die zeitgenössische (damalige) Literatur stützt (Dryden, Richardson, Defoe, Swift u.a.): "...der Geist, der sie durchweht, die Tonart, in der hier von Liebe und Ehe die Rede ist, (erlaubt) gewisse Rückschlüsse...".

Vater beim Militär und auf Geschäftsfahrten, die Mutter auf Vergnügungsreisen und in Heilbädern.

Zu diesen die Intimität von Eltern und Kindern wenig fördernden äußeren Umständen trat ein ungünstiges inneres Klima, das durch die hierarchische Struktur der Familie erzeugt wurde. Die Distanz zwischen den Familienangehörigen war viel größer als heute. Zwar redeten sich die Gatten in der Zeit, die hier besprochen wird, nicht mehr gegenseitig mit "Monsieur", "Madame" u.ä. an, und auch die Kinder sprachen nicht mehr zum "Herrn Vater" und zur "Frau Mutter". Aber es war auch noch nicht allzulange "Mode", Papa und Mama zu sagen - diese Sitte hatte sich erst im neunzehnten Jahrhundert von England her verbreitet -, und in der Oberschicht war es weithin noch nicht üblich, die Eltern zu duzen: oft noch hatten die Kinder ihre Eltern mit "Sie" anzusprechen⁴⁹⁰).

Die Familienoberhäupter ließen sich weitgehend "als Eltern" durch Personal der verschiedensten Art ersetzen. Die Mutter gab das Kind möglichst einer Amme, danach wurde es dem Kindermädchen überantwortet, später von der Gouvernante in Empfang genommen, dann dem Tanz-, Reit- oder Fechtlehrer gegeben oder ins Internat geschickt. Der Kontakt der Kinder zu den Eltern beschränkte sich auf Äußerlichkeiten⁴⁹¹). Oft waren die Kinder dem Personal mehr

490) Vgl. van Ussel, Die Kleinfamilie, S. 100.

491) Im Adel ist dies auch in diesem Jahrhundert noch nicht anders geworden. So schildern Elisabeth (Gräfin) Plessen (Jahrgang 1944), "Mitteilung an den Adel" (1976), und Eleonore (Gräfin) Thun-Hohenstein, "Aristokraten - Roman einer unverständlichen Familie" (1976), ihre Kindheit wie folgt (siehe Sybil Gräfin Schönfeldt, Von Adel sein, und das hier und heute, Zeit-Magazin Nr. 48, Nov. 1976, S. 4 (8): "Für Eleonore Thun ist Kindheit ein Angsttraum gewesen - genauso wie für Elisabeth Plessen, die sich in ihrem Roman an ihre Mutter (im Buch Olympia genannt) erinnert: "Die Standesrücksichten verlangten, daß Olympia jemanden hatte, der nach den Kindern sah, damit sie eigenen Verpflichtungen nachgehen konnte: Abendgesellschaften, Jagden, monatelangen Reisen. Kehrte Olympia zurück, erkannten ihre Kinder sie anfangs kaum wieder." Waren die Eltern verreist, wurden die Kinder von der Kinderfrau, die "aus einer Geschichte von Unterwürfigkeit und Prügel" stammte, bei jeder Gelegenheit verdroschen. Elternliebe? Was wäre das gewesen?... Die Österreicherin (Gräfin Thun, d.Verf.)... erzählt nicht ohne Stolz, daß sie und ihre beiden Geschwister im Lauf der Kindheit allein dreiundzwanzig deutsche Gouvernanten verbraucht haben - von den französischen ganz zu schweigen".

verbunden als den Eltern.

Auch die Eltern hingen nicht in der Weise an ihren Kindern, wie wir es heute kennen. Diese Erscheinung wird auch in anderen Ländern beobachtet und dort sozialpsychologisch aus einem vorherrschenden Typus von Eltern begründet: "In der Tat verlangt es innen-geleitete Eltern oft gar nicht so sehr nach der Zärtlichkeit ihrer Kinder, und sie sehen es ganz gerne, wenn die Gefühlsansprüche des Kindes durch Personen niederen Standes erfüllt werden"⁴⁹²⁾. Wir dürfen annehmen, daß also nicht nur äußere Ursachen, sondern auch innere Einstellungen, die freilich in gewissem Umfang von der Außenwelt mitbedingt sind, für den gefühlsmäßigen Abstand zwischen Eltern und Kindern verantwortlich sind. Aber auch wenn wir von den inneren, in den Eltern liegenden Gründen absehen, hinderte jedenfalls der vielfache Umgang der Kinder mit Menschen aller Altersklassen und die Anwesenheit anderer Erwachsener im Haus - ähnlich wie im erweiterten Familienverband früherer Zeiten - die Gefühlsintensität in der Eltern-Kind-Beziehung⁴⁹³⁾.

492) Riesman, Die einsame Masse, S. 70. Der "innen-geleitete" Mensch ist der vorherrschende amerikanische Menschentyp des vorigen Jahrhunderts, im Gegensatz zum heute dominierenden "außen-geleiteten" Menschen.

493) Siehe hierzu auch die Charakterisierung der Familie der "feinen Leute" (Th. Veblen, Zur Theorie der feinen Leute) bei Metzger, in: Familie im Umbruch, S. 219: "Aber auch dort, wo die Verhältnisse formal in Ordnung sind, überwiegen bei den Frauen die Pflicht zum standesgemäßen Nichtstun, zur leeren Repräsentation und zur Selbstdarstellung, zu Reisen und Kuraufenthalten und die zahlreichen sonstigen "gesellschaftlichen Verpflichtungen" das Interesse an Kindern. Daher die Kinderarmut, und, falls Kinder vorhanden sind, der geringe Zusammenhalt, der Abstand von den Kindern, die oft erschreckende und zur sonstigen Pracht in einem merkwürdigen Gegensatz stehende Dürftigkeit und Öde des kindlichen Lebensraumes. Der Ersatz der fast ständig abwesenden Mutter durch Personal der verschiedensten Art, die Möglichkeit und Neigung, ältere Kinder in kostspielige Heimschulen abzuschicken, die Einsamkeit der Kinder, ihr Mangel an Führung und Geborgenheit, das Gefühl, vernachlässigt zu sein, wecken leicht eine ungesunde Lebensgier, aus der bei den Söhnen der selbstverständliche Anspruch auf eine Periode des "Sichauslebens" hervorgeht."

2. Die Familie des Bürgertums

Ein Großteil des Bürgertums empfing seine Normen von oben: "Die "gute Familie" der Mittelklasse ahmte beständig die Aristokratie nach und träumte von einem Wappenschild und adeliger Abstammung"⁴⁹⁴). Wenn sich diese Worte auch nicht uneingeschränkt auf die Familienverfassung übertragen lassen, so war das Bürgertum doch oft von der Pracht und den Verhältnissen der Oberschicht geblendet: Dienstboten, Empfänge, Internate. In kleinerem Maßstab treffen wir oft, wenn auch - wie schon hier betont werden muß - nicht überall, die gleichen Verhältnisse an wie in der Oberschicht. Hier - und gerade hier - stimmt auch das schon oben gezeichnete Bild: Ehepartner sind einander entfremdet, die Atmosphäre ist nicht selten lieblos und sexuell repressiv.

Für Störungen in der bürgerlichen Familie hauptsächlich verantwortlich zu machen ist jedoch ihre herrschaftlich gegliederte Struktur, die wir uns nun näher vor Augen führen wollen. Herausgelöst aus den alten großfamilialen Bindungen und insoweit emanzipiert, hatte die bürgerliche Familie eine "pseudo-feudale, hierarchische Struktur"⁴⁹⁵) angenommen. "Der Mann, der nun von der Knechtschaft in fremden Häusern befreit worden war, wurde Herr in seinem eigenen"⁴⁹⁶). Wenngleich die Herrschaftsstruktur Familien aller Klassen durchdrang, hatte sie doch in der bürgerlichen - und noch zu besprechenden proletarischen - Familie wegen der gegebenen größeren (räumlichen) Nähe des Mannes zu Frau und Kindern die größte Bedeutung. Der vielfach vorhandene Despotismus des "Hausherrn", "Eheherrn", "Familienoberhauptes" wurde oft in der Literatur geschildert.

Symptomatisch für das Herrschaftsgefüge ist die Zuchtgewalt des Familienoberhauptes. Zwar waren die Gesetze des aufgeklärten Polizeistaates, die dem Manne noch ein (gemäßigtes) Züchtigungsrecht gegenüber der Frau gegeben hatten, nur noch partiell und auch dort, wo sie galten, meist nur formal in Kraft. Die Frau hatte sich der Herrschaft in ihrer übelsten Form schon weitgehend entbunden:

494) Horkheimer, *Autorität und Familie*, S. 79.

495) Horkheimer, a.a.O., S. 79.

496) Horkheimer, a.a.O., S. 80.

"Die Kinder jedoch, für die die Welt das ganze Mittelalter hindurch ein großes Zuchthaus gewesen war, blieben Sklaven bis tief ins neunzehnte Jahrhundert hinein". Unzählig sind die Hinweise, unzählig die Sprüche, die dies belegen. Waren es im gläubigen Mittelalter die Bemerkungen in der Heiligen Schrift, die dem Vater die Zucht seiner Kinder ans Herz legten, war es im aufgeklärten Staat die Gesellschaft selbst, von der er die "Polizeigewalt" empfang, um sie in seinem Hause wahrzunehmen, so waren es nunmehr Vorbilder der Außenwelt, die den Erziehungsmodus bestimmten: "Militärische Zucht war das Ideal der väterlichen Erziehung. Wie in den Kasernen, so herrschte auch in der Kinderstube der Stock"⁴⁹⁷). Aber auch davon abgesehen ist belegt, daß das Vater-Kind-Verhältnis (besonders das Vater-Sohn-Verhältnis) schlecht war. Als Beispiel sei aus dem Tagebuch des Dichters Georg Heym zitiert: "Zu der Zeit, wo mir verständige Pflege nötig war, mußte ich alle Kraft aufwenden, um diesen Schuft (gemeint ist der Vater von mir fern zu halten"⁴⁹⁸).

In den letzten Jahrzehnten des Jahrhunderts wurde das durchschnittliche Erziehungsgebarren im allgemeinen etwas besser. An die Stelle der körperlichen Gewalt trat die Gewalt im Geiste. Das ist im einzelnen in Stefan Zweigs Jugenderinnerungen nachzulesen⁴⁹⁹).

Daß das Vater-Kind-Verhältnis so schlecht war, lag auch in der besonderen Rollenzuweisung zwischen den Eltern im vergangenen Jahrhundert begründet, die dem Vater immer die Strafgewalt zuschob. Im Gegensatz zum Vater-Kind-Verhältnis war das Mutter-Kind-Verhältnis in den mittelständischen Familien meist gut, weil sich das Kind gegenüber dem strengen Vater natürlicherweise an sie um so enger anschloß. Da wir hier den gesellschaftlichen Einfluß auf das BGB behandeln, ist vorwiegend die Vater-Kind-Beziehung von Bedeutung. Wie allgemein nur der Mann im öffentlichen Leben etwas galt, so war auch das BGB ursprünglich vornehmlich an der Vater-Kind-Beziehung ausgerichtet. Wir sehen dies etwa daran, daß die elterliche Gewalt zuallererst eine väterliche Gewalt war; die Mutter hatte nur eine Nebengewalt. In der patriarchalisch organi-

497) Stephan, Die häusliche Erziehung in Deutschland, S. 129.

498) Zitiert nach Weber, Ehe 1974, 59.

499) Vgl. Stefan Zweig, Die Welt von Gestern, S. 52.

sierten alten Gesellschaft war das Eltern-Kind-Verhältnis rechtlich vor allem ein Vater-Kind-Verhältnis. Daher ist es berechtigt, das Auge vor allem auf die Vater-Kind-Beziehungen zu richten. Auch die "Volksvertreter" im Reichstag urteilten aus ihrer - der männlichen - Sicht⁵⁰⁰).

Schon wegen des oft guten Mutter-Kind-Verhältnisses wäre es jedoch falsch, nur ein negatives Bild der Mittelschichtfamilie des neunzehnten Jahrhunderts zu zeichnen. Denn oft treffen wir dort Verhältnisse an, die im Interesse der Kinder auch heute gutgeheißen werden könnten. Wo die Mutter angesichts einer geordneten finanziellen Situation und eines schichtspezifischen Wohlstandes zuhause blieb und sich Zeit für die Kinder nahm, wo der Patriarch milde herrschte und wo man nicht versuchte, es der Oberschicht gleichzutun, waren die familiären Beziehungen nicht selten in Ordnung. Insoweit liegen in der bürgerlichen Familie des vorigen Jahrhunderts die Ansätze, die in die Gegenwart weisen. Soziologisch gesehen liegt in diesen Ansätzen der materielle - in der Außenwelt begründete - Ursprung der hier vertretenen Auffassung vom Wesen des Eltern-Kind-Verhältnisses. Freilich konnten sich diese Ansätze damals noch nicht in der gesetzlichen Systematik auswirken, auch wenn die Gesetzesverfasser, was nicht verkannt sein soll, überwiegend der Mittelschicht entstammten⁵⁰¹). Doch entnahmen sie ihre Maßstäbe erstens nicht der eigenen Schicht, sondern der Oberklasse, und zweitens nicht der (damaligen) Gegenwart, sondern der (damaligen) Vergangenheit⁵⁰²).

500) Das geringe Verständnis für die Belange der Frau in den gesetzgebenden Körperschaften verdeutlicht folgende von E. Scheffler, in: Die Grundrechte, S. 265 geschilderte Begebenheit: Im Jahre 1861 erregte eine Eingabe des Allgemeinen Deutschen Frauenvereins um Zulassung der Frauen zum Post- und Telegrafendienst im Reichstag des Norddeutschen Bundes schallende Heiterkeit.

501) Siehe Boehmer, Einführung in das bürgerliche Recht, S. 84.

502) Cultural lag (kultureller Rückstand) bezeichnet die Tatsache, daß sich in der Moderne die materielle Kultur bei weitem rascher als die immaterielle Kultur geändert hat. Der soziale Wandel geht schneller vonstatten als der kulturelle Wandel (siehe Bernsdorf-Wolff, Wörterbuch der Soziologie, S. 145). So mag in manchen Mittelschichtfamilien im vorigen Jahrhundert schon ein gutes Verhältnis zwischen Eltern und Kindern geherrscht haben. Die gesellschaftlichen Bewertungsmaßstäbe des Eltern-Kind-Verhältnisses hat diese Tatsache jedoch noch nicht beeinflussen können.

3. Die proletarische Familie

Durch die Bevölkerungsvermehrung im neunzehnten Jahrhundert war vor allem die Unterschicht stark angewachsen: im Zuge der Industrialisierung war u.a. aus ihr das Industrieproletariat entstanden⁵⁰³⁾. Durch den Zuwachs aus der "befreiten" Landbevölkerung und aus den Angehörigen der Mittelschicht, die durch die aufkommende Industrie ihr Einkommen verloren hatten (Handwerker), war die Unterschicht die zahlenmäßig stärkste Schicht geworden. Politisch hat das Proletariat wenig Einfluß auf das BGB, besonders auf das Familienrecht, nehmen können, das - wie gesagt - noch eindeutig von den alten Kräften beherrscht war, wenngleich einige Verbesserungen des neuen Gesetzes auf die politische Vertretung dieser Schicht zurückgeführt werden können⁵⁰⁴⁾.

Die Verhältnisse in der durchschnittlichen Familie der bevölkerungsstärksten Schicht sahen erbarmungswürdig aus. Das lag vor allem an den unzureichenden Lebensbedingungen: die enge, kleine Wohnung in der städtischen Mietskaserne, die hohe Kinderzahl, das Fehlen der finanziellen Mittel, beide Eltern in außerhäuslicher Arbeit⁵⁰⁵⁾. Die Kinder waren meist sich selbst überlassen, wenn sie nicht in öffentlichen Einrichtungen untergebracht werden konnten. Abends trafen sie dann Eltern an, die vom Vierzehn- oder Zwölfstundentag zu abgespannt und müde und von drückenden Sorgen zu schwer belastet waren, um sich noch um die Kinder kümmern und mit ihnen beschäftigen zu können. Wie alle Not, die nur eine bestimmte Schicht trifft, hatte auch diese oft ungünstige Auswirkungen auf das sittliche Verhalten der betreffenden Menschen (Flucht

503) Claessens, Familie und Wertsystem, S. 145.

504) Hier ist etwa die "Einbenennung" des § 1706 Abs. 2 S. 2 a.F. (heutiger § 1718) zu nennen, die auf Antrag der Sozialdemokraten vom Reichstag in das Gesetz eingefügt wurde. Siehe Endemann, Familienrecht, S. 637.

505) Marx-Engels, Kommunistisches Manifest, S. 35 stellen richtig fest, daß das Verhältnis des "eigentumslosen Proletariats nichts mehr gemein (hat) mit dem bürgerlichen Familienverhältnis". Sie sprechen in diesem Zusammenhang von der "erzwungenen Familienlosigkeit der Proletarier" (S. 42). Damit ist die "innere Familienlosigkeit" gemeint, also der verzweifelte Zustand der proletarischen Familie, nicht etwa ist damit gesagt, daß die Proletarier keine Familie hätten gründen können ("äußere Familienlosigkeit").

in Alkohol bei den Männern, in Groschenromane bei den Frauen).

Anders als im Adel und im Bürgertum wurde in der proletarischen Familie auf Empfängnisverhütung kaum geachtet: daher die hohe Kinderzahl, daher die weit überproportionale Vermehrung der Unterschicht. War unter den bedrückenden Lebensumständen das erste Kind vielleicht noch willkommen, so war dies beim zweiten schon kaum mehr der Fall. Noch weiter folgende Kinder verschlechterten die finanzielle Lage und die Wohnsituation dermaßen, daß die Eltern diesen Nachwuchs meist nur noch als unglückselige Fügung des Schicksals hinnehmen konnten. Die großen Kinderzahlen erschwerten bei der sonstigen Beanspruchung und Not der Eltern jedes innigere Verhältnis zum einzelnen Kind.

Auch die hohe Kindersterblichkeit ist zu erwähnen. Zwar hatte sie im vorigen Jahrhundert nicht mehr die Ausmaße der davorliegenden Zeit, aber dennoch war sie für unsere heutigen Begriffe vor allem in den Unterschichten infolge der mangelhaften räumlichen und hygienischen Verhältnisse, der fehlenden Schutzimpfungen und der unzureichenden emotionalen Versorgung der Kinder sehr hoch⁵⁰⁶⁾. Die hohe Sterblichkeitserwartung hinderte die Eltern, in die Säuglinge und Kleinkinder die Liebe zu investieren, die diese an sich benötigt hätten. Der eigenen seelischen Hygiene wegen können Eltern ihre Liebe nicht an ein Kind hängen, das mit relativer Wahrscheinlichkeit die ersten Jahre nicht überleben wird⁵⁰⁷⁾.

506) Bis zur Wende vom 18. und 19. Jahrhundert kostete durchschnittlich jede sechste Geburt der Mutter das Leben, und nur jedes fünfte Kind blieb am Leben. Van Ussel spricht für diese Zeit davon, daß 45 % aller Kinder innerhalb der ersten 2-3 Jahre starben (Van Ussel, Die Kleinfamilie, S. 100). Aber selbst noch 1875 starb jedes fünfte Kind im Säuglingsalter. Diese Angabe bezieht sich auf die Gesamtbevölkerung: in der Unterschicht war im 19. Jahrhundert die Kindersterblichkeit weit höher.

507) Vgl. für das 18. Jahrhundert Hufton, in: Das Achtzehnte Jahrhundert, S. 295: "Geburtsverletzungen waren an der Tagesordnung, und die Säuglinge waren für Krankheiten so anfällig, daß die Eltern das Neugeborene ohne tiefere Empfindungen betrachteten und ihre Liebe den älteren Kindern zuwandten, die die heikelsten Jahre schon überstanden hatten." Was bezüglich der Säuglingssterblichkeit für das 18. Jahrhundert generell galt, hatte im 19. Jahrhundert Gültigkeit für die Unterschicht.

Wenn die Kinder halbwegs erwachsen waren, mußten sie schon wegen der engen Verhältnisse aus dem "Haus", d.h. sie verließen mit dreizehn oder vierzehn Jahren die elterliche Wohnung, um - als Mädchen - irgendwo in den häuslichen Dienst, um - als Jungen - zur Arbeit zu gehen. Die Kindheit und Jugend der Kinder wurde damit verkürzt, der äußere Zusammenhang mit den Eltern blieb auf eine weit geringere Zeitspanne beschränkt, als es heute der Fall ist. Durch den Zusammenklang von finanzieller Not, beengten räumlichen Verhältnissen und unerwünschtem "Kindersegen" war aber auch der innere Zusammenhalt zwischen Eltern und Kindern gering. Das emotionale Klima ist dort, wo nicht allgemeine, sondern nur schichtenspezifische Not und Unordnung herrscht, je nach Veranlagung der Beteiligten aggressiv oder gedrückt, jedenfalls aber in den seltensten Fällen "anheimelnd". Aus dem Mangel an Geborgenheit und an gutem Beispiel der Eltern und aus dem Überfluß an unguten Umwelteinwirkungen - die Kinder waren praktisch den ganzen Tag auf der Straße - ergab sich bei den Kindern eine hohe Gefährdungs- und Verwahrlosungsrate⁵⁰⁸).

Zur proletarischen Familie müssen wir die nichteheliche Mutter zählen, weil sie meist der Unterschicht entstammt und später, d.h. nach der Geburt des Kindes, im allgemeinen in proletarischen Verhältnissen lebt. Die nichteheliche Mutter empfängt ein ungewolltes Kind, wird oft vom eigenen Vater aus dem Haus gewiesen, lebt in ärmlichen trostlosen Verhältnissen und muß das Kind in fremde Pflege geben. Zu allem Unglück erfährt sie noch die gesellschaftliche Mißbilligung. Ihre Heiratsaussichten mindern sich drastisch: meist hat sie nur die Chance, einen Mann zu erhalten, der "unter ihr steht"⁵⁰⁹). Das Kind ist an allem schuld. Daher begegnet es von Anfang an einem ihm feindlich gesinnten Lebensraum: der abweisenden Mutter, der es in den seltensten Fällen gelingt, ein positives Verhältnis zum Kind zu gewinnen; dem oft brutalen Stiefvater (Folge der eingeengten Wahlmöglich-

508) Vieles von dem, was damals bessergestellte Kreise den schlechten Charakteranlagen der Eltern und Kinder zuschrieben, war in Wahrheit nur Ausdruck der Armut und der beengten Verhältnisse. Zur Lage in der Arbeiterfamilie siehe weiter - mit vielen Einzelheiten - Weber-Kellermann, Die deutsche Familie, S. 127 f.

509) Binder, Die uneheliche Mutterschaft, S. 135 f.

keit der Mutter), einer Umwelt, die dem Kind den "Makel der unehelichen Geburt" vorhält. Positive und beglückende Mutter-Kind-Beziehungen bestehen selten: das Schicksal des Kindes (wie auch das der Mutter) gestaltet sich in den meisten Fällen ungünstig.

IV. Die geistige Basis des Werts der Blutsbeziehung

Schon wegen ihrer Familienstruktur konnte also die Gesellschaft des vergangenen Jahrhunderts das Zentrum des Eltern-Kind-Verhältnisses nicht in der persönlichen Bindung zwischen Eltern und Kindern sehen. Kurz zusammengefaßt widersprach dem im Mittelstand die patriarchalisch organisierte Familie, in der Unterschicht der gesamte trostlose Lebenszuschnitt der proletarischen Familie und in der gesellschaftlich bestimmenden Oberschicht schließlich stand dem Wert der persönlichen Bindung die allgemeine Gleichgültigkeit der Eltern gegenüber ihren Kindern entgegen. Schon aus diesem Grunde waren Gesellschaft und Gesetz des vorangegangenen Jahrhunderts gezwungen, auf die Blutsbeziehung abzustellen.

Neben den sozialen Gegebenheiten waren es jedoch auch geistige Einflüsse, die die Gesellschaft und das Gesetz des vergangenen Jahrhunderts veranlaßten, das Wesenselement des Eltern-Kind-Verhältnisses in der Blutsbeziehung zu sehen. Hier ist vor allem der besonders in der Oberschicht herrschende Einfluß der Kirchen zu nennen. Auch im Gesetz ist die kirchliche Einwirkung deutlich spürbar: die Kirche hatte auf das Familienrecht des BGB sogar stärkeren Einfluß nehmen können als auf Rechte vorangegangener Jahrhunderte⁵¹⁰⁾. Als weitere Wurzel der blutmäßigen Betrachtungsweise ist die große geistige Strömung der zweiten Hälfte des vergangenen Jahrhunderts zu nennen, das seit Darwin aufgekommene biologische Denken, das in der Gesellschaft wie im Recht erheblichen Einfluß ausübte⁵¹¹⁾. In der Folge wollen wir betrachten, mit welchen Vorstellungen die angeführten geistigen Kräfte antraten.

510) Boehmer, Einführung in das bürgerliche Recht, S. 122.

511) Vgl. Bernal, Wissenschaft, S. 1004.

1. Der Einfluß der evangelischen Kirche

Luther, der seine Theologie wieder ganz auf die Bibel gründete, knüpfte in bezug auf das Eltern-Kind-Verhältnis direkt an die frühchristliche Auffassung an, die in der Kirche vor der Scholastik herrschend war: die Eltern stehen an "Gottes stad", sie sind die "Stellvertreter Gottes" auf Erden⁵¹²). So wie jede Gewalt im Mittelalter von Gott stammt, so sind auch die Eltern über die Kinder unmittelbar von Gott eingesetzt. Die Bande zwischen Eltern und Kindern beruhen somit auf einer Fügung Gottes. Ihre Begründung erfährt diese Ansicht aus dem vierten Gebot, aber auch aus anderen Stellen des Alten und Neuen Testaments. Das solchermaßen durch Gott "vorgegebene Band" ist zwar in der theoretischen "Konzeption" nicht mit dem biologischen Band des Blutes identisch. Praktisch ist jedoch kein Unterschied greifbar da Gott dadurch, daß er die menschliche Zeugung zur Geburt des Kindes führen läßt, den biologischen Eltern - und niemandem anders sonst - das Kind zuordnet.

Diese Auffassung wirkt noch in der Gegenwart. Sie ist in der Stellungnahme der Familienrechtskommission der EKid lebendig, die bezüglich der 1961 geplanten Ersetzung der elterlichen Einwilligung in die Adoption den Widerspruch der leiblichen Eltern mit Rücksicht auf die "vorgegebene Bindung" zwischen Eltern und Kindern Beachtung zubilligte⁵¹³).

2. Der Einfluß der katholischen Kirche

Mit dem Aufblühen der aristotelischen Philosophie in der Scholastik tritt zu der (von Luther wieder aufgenommenen) Ansicht des frühen Christentums eine naturhafte Begründung hinzu. Nunmehr begegnen wir bereits ausdrücklich den "Blutsbanden" als Grundlage des Eltern-Kind-Verhältnisses, wenngleich theologisch überformt. Die Blutsbeziehung schafft ein ontologisches Abhängigkeitsverhältnis des gezeugten Kindes von den zeugenden Eltern, wobei der Zeugungsakt in Entsprechung zur Schöpfung Gottes steht. Wie

512) Hargasser, Vaterschaft und Familie, S. 73.

513) Beschlüsse der Ehrechtskommission der EKid, FamRZ 1959, 491 (492).

die Welt durch die Schöpfung Gott zugehört, so gehören die Kinder den Eltern, mehr noch, sie sind ein Teil von ihnen, zudem sie sich anfangs noch nicht einmal physisch von ihren Eltern unterscheiden, "solange sie nämlich im Schoße ihrer Mutter ruhen"⁵¹⁴⁾. Auch die naturalistisch-theologische Begründung läßt sich bis in die heutige Zeit verfolgen, nämlich in der Lehre vom "Ursprungsverhältnis": "Die Zeugung stiftet ein Ursprungsverhältnis, das den ganzen Menschen umgreift ... Ursprung eines neuen Lebens sein, das ist der Erstakt des Vaterseins... Der Vater ist nicht bloß Ursprung des kindlichen Organismus, sondern des kindlichen Menschen. Er steht somit vom Zeugungsakt her in einer umfassenden seinsmäßigen Beziehung zum Kind"⁵¹⁵⁾. Ersichtlich ist vom theologischen "Ursprungsverhältnis" bis zur säkularisierten, für den Alltagsgebrauch zurechtgeformten, "Eigen-Fleisch- und Blut-Theorie" kein weiter Weg. Das "Ursprungsverhältnis" schafft weiterhin die "wesenhafte Überordnung dessen, der dem anderen sein Dasein schenkt, gegenüber demjenigen, der sein Dasein von dem anderen empfängt"⁵¹⁶⁾. Blutsbande und Machanspruch fallen damit zusammen. Aus dem Ursprungsverhältnis folgt nicht nur die unbedingte Zuordnung - sie versteht sich von selbst -, aus ihm ergibt sich auch die Unterworfenheit des Kindes unter die Eltern. Wir sehen auch hieran, wie eng Blutsbeziehung und Herrschaftsverhältnis gekoppelt sind, wie sehr die Blutsbeziehung direkt in eine Machtlage übergeht. Die gleiche Erscheinung konnten wir schon bei der Interpretation des Gesetzes feststellen: die früher nur vermutete Zusammengehörigkeit von Blutsbeziehung und Herrschaftsverhältnis wird hier gewiß.

3. Der Einfluß des Naturalismus

Mit Humanismus und Renaissance wird die Gegenwart eingeleitet. Der Verstand des Menschen beginnt die Fragen zu beantworten, die vor ihn gebracht werden; er erkundet die Welt, ohne Bindung an frühere Autoritäten und nimmt damit die Stelle ein, die bisher Offenbarung und Tradition innehatten. Gott beginnt mit seiner

514) Thomas von Aquin, Sum.theol. II.II.9. 11a-12., zitiert nach Leclercq-David, Die Familie, S. 346.

515) Juritsch, Der Vater in Familie und Welt, S. 87.

516) von Nell-Breuning S.J., Ehe und Familie, S. 259.

allgemeinen Entthronung auch in bezug auf die Elternstellung entbehrlich zu werden. Das naturhafte Ursprungsverhältnis von Eltern und Kindern, uns von der Scholastik her bekannt, wird nun aus dem Analogiegedanken zum göttlichen Ursprung herausgenommen und autonom gesetzt. Die göttliche Natur tritt zunächst an die Stelle Gottes. Später bleibt die "reine Natur" als Ursprung und Quelle aller Elternschaft zurück. Nicht mehr das göttliche Gebot, sondern die Blutsverwandtschaft ist nun das eigentliche Band, das die Familie zusammenhält⁵¹⁷⁾. Elternsein erweist sich damit in der biologischen Stellung.

V. Die soziale Grundlage des nunmehr obersten Werts der emotionalen Elternschaft: Die heutige Familie

Es erscheint gerechtfertigt, in der folgenden Erörterung, die die heutige Zeit betreffen soll, von der "Einheitsfamilie" auszugehen. Die "nivellierende Massengesellschaft" unserer Tage hat auch in der Familienverfassung die Unterschiede verwischt, die noch in der Gesellschaft des vorigen Jahrhunderts anzutreffen waren. Die gesellschaftlichen Schichten haben sich einander beträchtlich angenähert. Die proletarische Familie im alten Sinne gibt es in der Bundesrepublik nicht mehr: fast überall ist die unmittelbare Not und das Elend gewichen und der frühere Proletarier ist, durch die allgemeine Anhebung des Lebensstandards und infolge von gesellschaftlichen Einflüssen, zum Kleinbürger geworden⁵¹⁸⁾. Der Proletarier von einst ist damit inzwischen in die bürgerliche Gesellschaft integriert. Aber nicht nur "unten",

517) Vgl. Hargasser, Vaterschaft und Familie, S. 83.

518) Damit wird nicht geleugnet, daß es heute noch Familien gibt, die am unteren Rande der Gesellschaft "in proletarischen Verhältnissen" existieren. Doch zählen diese Familien i.d.R. nicht zu der Volksschicht, die im vergangenen Jahrhundert die "proletarische Familie" stellte. Mit einem Vergleich aus der Vergangenheit bezeichnet, ist hier - von individuellen Fällen der Not und des Unglücks abgesehen - eher das "Lumpenproletariat der vorindustriellen Gesellschaft", also der Teil der Unterschicht, der in jeder Gesellschaft anzutreffen ist, zu finden, als das "Proletariat der industriellen Gesellschaft" (siehe zu dieser Unterscheidung Marx-Engels, Kommunistisches Manifest, S. 35). Diese Feststellung gilt nicht für ausländische Arbeitnehmer und ändert nichts daran, daß die Gesellschaft zur Hilfe aufgefordert bleibt.

auch "oben" hat sich die Gesellschaft nivelliert. Zwar existiert der Adel noch, er mag auch weithin wie in der alten Zeit leben, doch vermittelt er nicht mehr die gesellschaftlichen Maßstäbe und ist politisch machtlos geworden. Andere Repräsentanten der vergangenen Zeit, Landjunker und Gutsherren, sind - schon 1918 schwer angeschlagen - nach dem Verlust ihrer Gebiete 1945 fast vollständig aus dem heutigen Leben verschwunden. Der Patrizier der alten Gesellschaft existiert ebenfalls nicht mehr: das kleine und mittlere Unternehmen, das bürgerliche Handelshaus ist dem Konzern, dem Warenhaus oder den Verkaufsorganisationen der Industrie gewichen. Kriege und Abwertungen haben das alte Vermögen zerstört oder vermindert, dafür allerdings bei anderen neues entstehen lassen. Doch diejenigen, die neuen Reichtum anhäuften, sind die Vertreter unserer Gesellschaft und nicht solche der alten: sie dokumentieren nicht den Lebensstil und die Familienstruktur der oberen Gesellschaftsschicht des vorigen Jahrhunderts, sondern - will man überhaupt vergleichen - den Stil und die Struktur der mittleren Gesellschaftsschicht unserer Zeit, also im wesentlichen den Familientyp unseres Jahrhunderts. Wenn wir auch noch deutlich Schichten in unserer Gesellschaft unterscheiden können, so treffen wir doch keine Klassen mehr an. Es gibt zwar noch wesentliche Unterschiede im Lebensstil, aber keine prinzipiellen mehr in der Familienstruktur. Der Familientyp des früheren Mittelstandes ist heute in alle Schichten vorgedrungen, zumindest bestimmt er so das gesellschaftliche Leben und gibt in dem Maße das gesellschaftliche Leitbild, daß noch bestehende Abweichungen mehr und mehr in den Hintergrund treten. Von der mittleren Unterschicht bis zur mittleren Oberschicht ist praktisch überall die Kleinfamilie, bestehend aus den Gatten und 1 - 3 Kindern, ohne Personal und ohne weitere Angehörige, zu finden. Durch die Massenkommunikationsmittel Presse, Funk und Fernsehen wird dieser städtische Familientyp als Kulturideal bis in die letzten Winkel des Landes getragen, so daß auch die ländliche Familie in einen Umwandlungsprozeß einbezogen wird. Gefördert wird dieser Familientyp auch durch die soziologische Forschung mittels der von ihr beobachteten in diese Richtung weisenden Trends, so daß diese Familienstruktur tatsächlich im Verlaufe der Zeit eine vorher nicht in diesem Ausmaß vorhandene Allgemeingültigkeit gewinnen konnte. So ist nun auch heute bei

der bürgerlichen Familie, die sich in der ersten Hälfte unseres Jahrhunderts noch außerhalb der allgemeinen Entwicklung halten konnte, eine Hinwendung zu bürgerlichen Familien- und Lebensformen festzustellen⁵¹⁹⁾.

Es ist daher zu rechtfertigen, der Erörterung nur noch einen Familientyp, nämlich die bürgerliche Familie der Stadt, zugrunde zu legen. Dabei wird im folgenden die Struktur von Ehe und Familie untersucht. Zwar interessiert als Zentralproblem nur das Eltern-Kind-Verhältnis. Doch ist das Eheverhältnis zwischen den Gatten in der Lebenswirklichkeit nicht von den Eltern-Kind-Beziehungen zu lösen, wenn aus der Ehe durch das Hinzutreten von Kindern eine Familie geworden ist. Dann ist die Ehe in die Familie eingebettet: Ehebeziehungen sind dann Familienbeziehungen. Das meiste, das für das Paarverhältnis der Ehe bedeutsam ist, hat dann einen Einfluß auf das Eltern-Kind-Verhältnis. Besonders gilt das für das emotionale Klima zwischen den Gatten, das sich auch den Kindern mitteilt. Da die Ehe auch zeitlich vor der Familie liegt, weil Kinder im allgemeinen erst einige Zeit nach der Eheschließung folgen, behandeln wir die Ehe zuerst.

1. Die heutige Ehe

Der Übergang von der Sach- zur Personenehe, von der Situations- zur Neigungsehe (nach der Terminologie von Vierkandt)⁵²⁰⁾ ist jetzt vollzogen. Die heutige Ehe wird aus gegenseitiger Zuneigung geschlossen⁵²¹⁾, ihr Inhalt ist von den persönlichen Gefühlen der Partner zueinander bestimmt, sie kann aber auch enden, wenn die Gatten sich nicht mehr innerlich aneinander gebunden fühlen. Die Ehe entsteht, steht und fällt also mit der persönlichen Beziehung der Partner zueinander. Das soll in der Folge im einzelnen - differenziert nach Eheeingehung, Eheinhalt, Ehescheidung - betrachtet werden.

519) Vgl. U. Planck, Die Landfamilie, S. 169 f. (170, 183, 193).

520) Siehe zur Unterscheidung etwa König, Soziologie (FL), S. 70; van Ussel, Die Kleinfamilie, S. 106.

521) Brocher-von Friedeburg, Lexikon der Sexualerziehung, S. 185: Die Wahl des Ehepartners erfolgt jedoch im Regelfalle innerhalb der jeweiligen sozialen Schicht.

a. Eingehung der Ehe

Die meisten Ehen werden heute aus "Liebe" (Neigung, Sympathie) geschlossen. Deshalb ist die Wahl des Ehepartners nunmehr "höchstpersönlich". Die Heiratswilligen bestimmen den Ehepartner selbst, er wird nicht mehr von den Eltern oder anderen Personen ausgesucht und kann wegen der persönlichen Motive der Eheschließenden auch nicht mehr von anderen bestimmt werden. Selbst die Bauernjugend sucht heute individuelle Merkmale beim Ehepartner, mag auch hier die Wahl noch mehr als in anderen Bevölkerungskreisen durch objektive Gesichtspunkte (Arbeitskraft, Gesundheit, Mitgift, Fähigkeit, sich in die Familie einzupassen u.a.m.) begrenzt sein⁵²²⁾. Jedoch bestimmen diese Gesichtspunkte nicht mehr den Ehepartner, sondern sind lediglich Kriterien, die bei der Wahl des Partners mitberücksichtigt werden. Die persönlichen Ziele treten heute in allen Schichten so in den Vordergrund, daß die "unzähligen, zum Teil offenkundig schamlos unmenschlichen Geldhehen, Standesehen, Konvenienzehen, Gelegenheits-ehen"⁵²³⁾ früherer Zeiten heute - wenn nicht vollständig, so doch weithin - der Vergangenheit angehören. "Wärme und Verständnis" erhoffen sich die Eheschließenden vom künftigen Partner, und aus diesen Gründen und um dieser "Erfolge" willen wird gemeinhin auch die Ehe eingegangen⁵²⁴⁾.

Diese Suche nach emotionaler Geborgenheit, die wesentlich auf die Lebensbedingungen in der modernen Industriegesellschaft zurückgeführt werden kann - das wird auch in bezug auf den Eheinhalt noch interessieren -, findet sich bei Jugendlichen oft schon im Vor-Heiratsalter, wenn praktisch die Bindekraft der Orientierungsfamilie aufgehört hat zu wirken. Sie führt zu Freundschaften zwischen Jungen und Mädchen, die tiefer in der Persönlichkeit verankert sind als die flüchtigen Begegnungen vergangener Jahrzehnte⁵²⁵⁾, und sie bedingt außerdem, daß Ehen heute in

522) Planck, Die Landfamilie, S. 190.

523) K. Barth, Die Kirchliche Dogmatik, S. 240.

524) Pfeil, Die Großstadtfamilie, S. 150.

525) Haensch, Repressive Familienpolitik, S. 143.

weit jüngeren Jahren geschlossen werden als früher⁵²⁶⁾.

Wie sehr sich die heutigen Motive zur Eheschließung von den ehemals herrschenden unterscheiden, zeigen Äußerungen vergangener Zeiten, die heute keine Gültigkeit mehr besitzen: so Montaignes Feststellung, für seine Zeit zutreffend, daß die Ehepartner nicht für sich selbst, sondern für die Nachkommenschaft⁵²⁷⁾, für die Familie heirateten, sowie seine weitere Annahme, daß die Vermischung von leidenschaftlicher Liebe und achtbaren familiären Gefühlen eine Art von Inzest sei⁵²⁸⁾. Aber auch die Ansicht vieler Autoritäten des vergangenen Jahrhunderts, daß die Wahl des Ehepartners durch die Eltern derjenigen durch den Ehepartner selbst vorzuziehen sei, entspricht nicht mehr dem heutigen Verständnis⁵²⁹⁾. Und erscheint heute die Motivanalyse Nietzsches noch richtig, daß man die Ehe nicht "auf die Liebe" gründe, sondern "auf den Geschlechtstrieb, auf den Eigentumstrieb (Weib und Kind als Eigentum), auf den Herrschafts-Trieb, der sich beständig das kleinste Gebilde der Herrschaft, die Familie organisiert ..."530)? Die Erwähnung des Geschlechtstriebes ist nur aus dem wilhelminischen Zeitalter heraus verständlich: Geschlechtspartner finden beide Geschlechter heute auch ohne Eheschließung. Den Eigentumstrieb können wir nach dem bisher Gesagten auch auf eine inferiore Stelle rücken, nicht zuletzt auch deshalb, weil die Frau heute in weitem Umfange beruflich selbständiger geworden ist. Das Herrschaftsstreben ist im beginnenden Zeitalter der Gefährtenschaftsehe (E.W. Burgess)

526) Siehe Oehlert, StAZ 1974, 195: Das durchschnittliche Heiratsalter der Ledigen hat sich bei Männern und Frauen innerhalb der letzten 20 Jahre um 2 Jahre vermindert und ist auch in den letzten Jahren jährlich noch um einen Monat gesunken. Im vorigen Jahrhundert lag das Heiratsalter höher als in den fünfziger Jahren, weil damals meist die Männer erst etwas werden mußten, bevor sie daran denken konnten, eine Familie zu gründen.

527) Vgl. für die Jetztzeit die Untersuchung von von Stackelberg, Familie und Ehe, S. 396: 83 % der Befragten gaben als Grundbedingung der Ehe "Vertrauen, Liebe, Treue und Achtung" an, nur 1 % den "Wunsch nach Kindern".

528) Zitiert nach van Ussel, Die Kleinfamilie, S. 97.

529) Für die freie Partnerwahl aber bereits Rousseau, Kant, Fichte, Schleiermacher u.a. Siehe van Ussel, Die Kleinfamilie, S. 106.

530) Nietzsche, Götzen-Dämmerung, S. 1017.

nur noch bedingt auszuleben und dürfte daher kaum Anlaß einer Eheschließung werden. Wir sehen deutlich, wie weit wir uns von dieser Zeit entfernt haben: die Motive sind in weitem Umfang selbst als "Hintergrund-Motive" nicht mehr brauchbar⁵³¹⁾.

Ein Sonderproblem stellen allerdings bezüglich der Eheeingehung heute noch die sog. "Mußehe" dar. Gewiß sind nicht alle Ehepartner dieser Eheeingehungsform nur durch das Kind zusammengeführt worden und noch nicht einmal die meisten. Viele dieser Paare hätten auch geheiratet, wenn kein Kind gekommen wäre⁵³²⁾. Andere Gatten hingegen werden durch das Kind der heute allseits anerkannten Chance beraubt, freiwillig zueinander zu finden, was oft nicht ohne Einfluß auf das Verhältnis der Gatten zueinander bleibt, die sich weigern, vorhandene Werte des Partners anzuerkennen. Erfahrungsgemäß sind es auch diese Ehen, die verhältnismäßig oft scheitern. Mit der weiteren Ausbreitung der Empfängnisverhütung und vor allem mit der weiteren Propagierung der Empfängnisverhütungsmittel, der sich, nachdem das Problem der Abtreibung in der anhaltenden Debatte voll erkannt wurde⁵³³⁾, nun auch konservative Bevölkerungsteile kaum mehr widersetzen, wird der Prozentsatz dieser "Zwangsehen" mit Sicherheit fallen. Das "Zuneigungsprinzip" wird in Zukunft wahrscheinlich die Eingehung einer Ehe soweit beherrschen, daß hier für den Regelfall davon ausgegangen werden kann.

-
- 531) Vgl. statt vieler Begemann, Strukturwandel der Familie, S. 166 zur Ehe in der früheren Gesellschaft: "Trotzdem wurde die Ehe bis über die Reformationszeit hinaus primär als Institution verstanden, durch die sich das menschliche Geschlecht fortpflanzt, und weniger daran gedacht, daß die Ehe eine Liebesbeziehung ist. Der Sexus wurde als Sitz der Sünde verachtet... Die Ehe war eben kein Liebesverhältnis. Der Eheschluß geschah vielfach im Blick auf kirchliche, familiäre oder wirtschaftliche Ziele. Meistens wurde die Ehe ohne persönliche Zuneigung und Liebe der Partner geschlossen."
- 532) Oehlert, StAZ 1974, 195.
- 533) Siehe hierzu Saller, in: Familie im Umbruch, S. 145, der auf den Kinsey Report verweist, wonach in den USA nur 6 % der vor-ehehlichen Schwangerschaften mit nichtehelichen Geburten enden, 5 % mit Fehlgeburten und 72 % mit Abtreibung. Hierzu bemerkt Saller: "Dabei ist in Amerika und in den katholischen Ländern die Situation so, daß die Abtreibung zwar verurteilt wird, auf der anderen Seite aber auch eine Geburtenregelung aus religiösen Gründen nicht propagiert werden darf - die moderne Doppelmoral unserer Zeit."

b. Inhalt der Ehe

Wie die Eingehung der Ehe meist von der gegenseitigen Zuneigung und nicht mehr von wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Gegebenheiten abhängt, beruht auch der Zusammenhalt der Ehepartner nunmehr vornehmlich auf dem persönlichen Verhältnis. Fast alle äußeren Stabilitätsfaktoren sind weggefallen: die gemeinsame Wirtschaft, die Bande der Ökonomik⁵³⁴⁾, die gesellschaftlichen Zwänge, weil Geschiedene weithin nicht mehr diskriminiert werden; auch die Bande des Rechts haben sich nach der weiteren Ausdehnung des Zerrüttungsprinzips wesentlich gelockert. Wenn Eheleute also heute zusammenbleiben, beruht das viel mehr als früher darauf, daß sie sich verstehen. Und in der Tat ist angesichts des fehlenden äußeren Halts der Ehe nicht die Tatsache der Ehescheidung erstaunlich, sondern die Tatsache, daß so viele Ehen Bestand haben⁵³⁵⁾. Bedenkt man, wieviel höher heute die Lebenserwartung ist als noch vor hundert Jahren, wieviel länger also die Partner miteinander ausharren müssen, bedenkt man weiter, wieviel mehr durch die modernen Arbeitsbedingungen den Gatten - besonders der Frau - Gelegenheit gegeben wird, mit potentiellen neuen Partnern in Kontakt zu kommen, und bedenkt man schließlich, wie unverbindlich die wirtschaftlichen und sozialen Notwendigkeiten eines Zusammenbleibens geworden sind, so ist ersichtlich, welche Bindekraft die persönlichen Beziehungen des Vertrauens und der Liebe zwischen den Partnern besitzen, vermögen sie auch den Verlust an äußerer Stütze nicht ganz wettzumachen⁵³⁶⁾.

Es kommt nicht von ungefähr, daß die persönlichen Beziehungen heute diese Bedeutung haben. Nennen wir die wichtigsten Ursachen vorerst

-
- 534) Das trifft allerdings nur auf kinderlose Ehen zu, in denen die Frau meist eigenes Geld verdient. Ist die Frau wegen der Kinder aus dem Beruf ausgeschieden, besteht für sie auch aus wirtschaftlichen Erwägungen in bezug auf die Ehe ein "Erhaltungszwang".
- 535) Siehe Hardegger-Kraus, Handbuch der Elternbildung, S. 391.
- 536) Ein Absinken der Scheidungshäufigkeit in der heutigen Zeit ist übrigens keinesfalls immer positiv zu werten: es ist hier nur an das Absinken der Scheidungsziffern während der beiden Weltkriege und während der Depressionsperiode nach 1929 in allen fortgeschrittenen Industriegesellschaften zu denken. Hier offenbart das Sinken der Scheidungsziffern eine umfassende gesamtgesellschaftliche Krise (König, FL Soziologie, S. 80).

im Überblick, um uns ihnen dann im einzelnen zuzuwenden: im wesentlichen sind es die veränderten Bedingungen bei der Eingehung der Ehe, der Abbau des patriarchalischen Leitbildes alter Prägung, die Entlastung der Ehe von überflüssigen Funktionen, die veränderten Arbeitsbedingungen, die Häufung der Menschen in der Großstadt u.a.m.

Sicher ist die Liebe der Verlobten zueinander nicht immer der rechte Wegweiser in eine glückliche Ehe. Sie ist es aber oft, was wir an der gegenüber früher erhöhten Zahl der glücklichen Ehen sehen, wenn auch die Zahl dieser Ehen nicht nur deshalb größer ist, weil sich der Eingehungsmodus bei der Eheschließung heute gewandelt hat. Doch ist die Beziehung von der Liebesehe zur glücklichen Ehe eindeutiger als von der Vernunft- oder Besitzehe vergangener Zeiten. Dafür spricht auch die verbreitete Trennung von Vernunft- und außerehelichem Liebesverhältnis in der alten Gesellschaft. Der heutigen Intimbindung in der Ehe entspricht es, auch die Eingehung der Ehe auf die Liebe zu stützen, da keine andere Gegebenheit ersichtlich ist, die besser auf die Bindung in der Ehe hinzielen könnte. Die Liebe mag in der aus Vernunft geschlossenen Ehe - oder zwischen Gatten, die die Eltern ausgesucht haben - kommen, öfter ist dies aber nicht der Fall; die Liebe mag bei der Neigungsehe schwinden, oft ist dies aber nicht der Fall, meist wandelt sie sich nur. / Liebe und Verständnis in der Ehe werden gefördert durch den herrschenden "Individualismus". Die individualistische Einstellung der heutigen Zeit wird zwar von mancher Seite sehr kritisch beurteilt⁵³⁷⁾. Im Bereich der Ehe hat die individuelle Betrachtungsweise jedoch viel Gutes bewirkt. Sie hat den Blick geöffnet für die Belange des Menschen als Person, die mit eigenen Hoffnungen, Wünschen und Ansprüchen an das Leben herantritt. Sie hat damit die Voraussetzungen dafür geschaffen, daß die heutigen Menschen auch in der

537) In einseitiger Weise rügen Hardegger-Rüberg, Handbuch der Elternbildung, S. 329 die geistige Verfaßtheit der modernen Gesellschaft, deren hervorstechendste Züge "die ausgeprägte individualistische Denkweise und ein überhandnehmender Materialismus" seien, als ausgesprochen familienfeindlich, ohne zu bedenken, in welchem großen Ausmaß gerade die individualistische Denkweise zur Besserung der Ehe- und Familienverhältnisse beigetragen hat.

Ehe das Auge stärker auf die Person des anderen und die persönliche Sphäre richten. Die Gatten finden damit heute oftmals das Glück in der Ehe, das sie früher außerhalb suchen mußten: weil der Mensch sich stärker als Individuum fühlt, "sucht er auch intensiver, personaler und zugleich ganzheitlicher das Du des ihm je entsprechenden Partners"⁵³⁸⁾. Die Intimisierung des familiären Verhältnisses in der Jetztzeit wäre ohne den modernen Individualismus nicht möglich geworden.

Die Verbundenheit in der Ehe wird weiterhin gefördert durch die Einbeziehung der Sexualität in die Liebe. Traditionell - und besonders im wilhelminischen Zeitalter - wurde die Sexualität in der Ehe nur als Nebensache angesehen: für den Mann schien sie zwar in gewisser Weise notwendig, die Frau aber wurde im allgemeinen nur als Mittel männlicher Befriedigung verstanden. Heute macht sie in einem früher nicht gekannten Umfange ein eigenes sexuelles Recht geltend. Die Sexualität ist damit in der Ehe nicht mehr nur Anhängsel, sondern Baustein⁵³⁹⁾. Nachdem auch die Verpönung des Geschlechtlichen heute überwunden ist und nachdem sich die Tiefenpsychologie durchgesetzt hat, ist die Bedeutung der Sexualität für ein harmonisches Eheleben nunmehr überall anerkannt⁵⁴⁰⁾. Die jetzt allseits geforderte leiblich-seelisch-geistige Einheit der Gatten umfaßt auch das Geschlechtsleben, wenngleich die Bindungen der Partner aneinander sicher nicht nur und noch nicht einmal überwiegend davon abhängen⁵⁴¹⁾. Wichtig ist aber,

538) Hardegger-Böckle, Handbuch der Elternbildung, S. 474.

539) Siehe zur Rolle der Sexualität im viktorianischen Zeitalter, Mitscherlich, Auf dem Weg zur vaterlosen Gesellschaft, S. 89.

540) Vorgrimler-van der Gucht-Domenach, Bilanz der Theologie, S. 53. Auch in der katholischen Bevölkerung, siehe Hardegger-Achter, a.a.O., S. 344.

541) Nach Pfeil, Die 23jährigen, S. 78 nannten in einer Umfrage aus dem Jahre 1964 Hamburger Jugendliche auf die Fragen, was sie für die Haltbarkeit einer Ehe für wichtig erachteten, nur 2 % der Frauen und 3 % der Männer "sexuelles Zusammenstimmen", aber 67 % der Frauen und 88 % der Männer "Liebe, Vertrauen, Verständnis, Sichaussprechen". Diese Umfrage wurde allerdings vor der sog. "Sexwelle" gemacht, die neue Denkanstöße vermittelte, wobei nicht verkannt wird, daß das aufklärerische Wirken in gelungener Weise mit der Maximierung des Profits verbunden wurde (hierzu teilweise treffend W. Geiger, FamRZ 1973, 228).

daß viele sehen, daß die Sexualität in die seelisch-geistigen Bindungen einzubeziehen ist. In Praktisierung dieser Erkenntnisse ist es weitgehend gelungen, in der gesellschaftlichen Anschauung Differenzierungen zwischen ehelicher Neigung und außerehelicher Sexualität abzubauen. Die Ehen sind also auch deshalb glücklicher geworden, weil die Sexualität heute als ein Ausdruck der Liebe unter den Partnern verstanden wird und in diesem Sinne dazu beiträgt, die Ehe ganzheitlich zu vertiefen.

Der Wandel in der Beurteilung der ehelichen Liebe und des Geschlechtlichen zeigt sich auch an der Einstellung der Kirchen. Wir erwähnen diese deshalb, um zu zeigen, daß die Ehe erst in diesem Jahrhundert zur Liebesehe geworden ist. Denn in den Kirchen wurden erst in jüngster Zeit unter dem übermächtig gewordenen Druck der veränderten Verhältnisse alte Positionen überprüft und teilweise korrigiert. Veränderungen der kirchlichen Haltung zeigen sich bei der Frage nach dem Zweck der Ehe und nach der Rolle, die die Sexualität in der Ehe einnimmt.

Zum Zweck der Ehe hat sich besonders die katholische Kirche geäußert. Nach katholischer Auffassung besteht er herkömmlich in a) der Zeugung und Erziehung der Nachkommenschaft, b) der gegenseitigen Hilfeleistung der Gatten und c) der geordneten Befriedigung des Geschlechtstriebes⁵⁴²⁾. Im Anschluß an Thomas von Aquin erscheint dabei traditionell die Zeugung und Erziehung der Kinder als der vornehmste Zweck, während die beiden anderen Ziele nur nachrangige Bedeutung besitzen (vgl. CJC can. 1013 § 1). Um 1930 vollzog sich hier eine Wende und Gewichtsverlagerung, die besonders von Deutschland ausging. Katholische Theologen rückten die eheliche Liebe und gegenseitige Hilfe auf den ersten Platz und verwiesen die Fortpflanzung auf den nachfolgenden Rang⁵⁴³⁾. Wenn auch noch nicht bei der offiziellen Kirche, so hat sich

542) Siehe Katholische Bischöfe der DDR, FamRZ 1954, 231: "(Die katholischen Christen)... erkennen die Zwecke der ehelichen Gemeinschaft, nämlich die Erzeugung und Erziehung von Nachkommenschaft, die gegenseitige Hilfeleistung der Gatten und die geordnete Befriedigung des Geschlechtstriebes als von Gott unabänderlich bestimmt und darum jeder anderen Deutung entzogen an."

543) Siehe hierzu Leclercq-David, Die Familie, S. 12 f.

diese Auffassung doch bei den katholischen Gläubigen - und bei deren weltlichen Sprechern - endgültig durchgesetzt⁵⁴⁴). Entscheidend ist für unser Problem, daß diese Zweckverschiebung von der Theologie erst in unserem Jahrhundert auf- und angenommen wurde. Sie wurde nicht "am grünen Tisch" ersonnen. Vielmehr wurde in der Außenwelt die vertiefte und verinnerlichte Beziehung der Gatten zueinander festgestellt. In der Folge davon suchte man, dieser Erscheinung in der Lehre von den Ehezwecken Rechnung zu tragen. Daß diese Akzentverschiebung in der katholischen Ehelehre überhaupt aufgenommen werden konnte, zeigt, wie sehr erkannt ist, daß heute gegenüber früher die Zuneigung das Leben der Eheleute bestimmt. Daß die Liebe zum ersten Ehezweck erhoben wurde, zeigt ferner, wie hoch die Bedeutung der gegenseitigen Zuneigung der Gatten auch dort gegenüber den objektiven Zielen eingeschätzt wird.

Mit dem eben Gesagten zusammenhängt die Frage nach der Rolle der Sexualität in der Ehe. Auch gläubige Christen empfinden die Ehe in dieser Beziehung nicht mehr - wie Jahrhunderte lang bis hin in die allerneueste Zeit - als bloßes remedium wider die Geschlechtslust und Hilfsmittel, die geschlechtliche Begierde in geordnete Bahnen zu lenken⁵⁴⁵). Und in gleicher Weise deuten gläubige Katholiken den Geschlechtstrieb nicht mehr - wie mit kaum wesentlicher Modifikation seit Augustinus in der kirchlichen Tradition üblich - "als Strafe des ersten Menschen". Die damit verbundenen Mahnungen des eben Genannten an die Eheleute, sich nur mit Schmerz und Beschämung soweit herabzulassen, da sie nun

544) Vgl. hierzu den früheren Bundesfamilienminister Bruno Heck in zahlreichen Reden und Schriften: "Der Mensch wird aus Liebe geboren; der Mensch existiert in der Familie durch die Liebe, die beständiger ist als alle anderen Lebensformen. Der Mensch vermöchte ohne diese Liebe nicht zu existieren." Oder auch: "Was die Lebensgemeinschaft aber allein zu tragen vermag, das ist die personale Gemeinschaft in der Liebe" (zitiert nach Haensch, Repressive Familienpolitik, S. 140).

545) Siehe etwa Begemann, Strukturwandel der Familie, S. 200 zum Verständnis der Ehe (auch) bei Luther. Dagegen schreibt Begemann, a.a.O., S. 203 richtig: "Die Familie beruht nicht auf der Institutionalisierung sexueller Beziehungen. Nicht die Triebkraft der Sexualität ist die Grundlage der Familie, sondern die sozialen Tugenden wie Liebe, Treue und Vertrauen."

einmal nicht auf andere Weise Kindern das Leben geben können, stoßen heute auf Unverständnis. Auch andere offizielle Deutungen des Geschlechtsverkehrs - Geschlechtsakt sei nur als Kraft zur Weckung neuen Lebens zu begreifen - finden nicht mehr die Anerkennung weiter Teile der katholischen Christenheit. Hier ist klar geworden, daß der Geschlechtsakt mit der Liebe der Gatten zueinander zusammenhängt und daß er aus dieser Liebe begriffen werden muß: daß er vor allem die Gattengemeinschaft bestärkt und erst nachrangig auch der Zeugung des Kindes dient. In diese Richtung weisen auch einige Sätze des Konzils.

Wir wollen diese Frage hier nicht weiter vertiefen. Wie bei dem Problem der Ehezwecke interessiert auch hier allein, daß die Frage nach der Sexualität erstmals in unserem Jahrhundert aufgeworfen wurde und heute oft anders beantwortet wird als früher. Die Antwort, die gegeben werden muß, hat nicht nur Bedeutung für die Liebe zwischen den Gatten, sondern auch für das Verhältnis der Eltern zum Kind, das "geplant" kommen soll, weil es nicht nur einfach da sein, sondern auch die nötige Harmonie, Liebe und Geborgenheit erfahren soll. Auch das ist die Einsicht einer veränderten Zeit, die andere und höhere Ansprüche an die Eltern-Kind-Beziehungen stellt.

Eine weitere innerfamiliäre Ursache dafür, daß sich die Gatten heute besser verstehen als früher, ist der Abbau der patriarchalischen Struktur der Familie und die Hinwendung zur Gefährtenehe. Die Ursachen hierfür sind zahlreich, für unsere Zwecke genügt es, diejenigen zu erwähnen, die für das Innenklima von Ehe und Familie Bedeutung haben: nämlich vornehmlich die veränderte Erziehung des jungen Mädchens, die nicht mehr auf Unterordnung unter den Mann zielt, sondern auf die Entfaltung der eigenen weiblichen Persönlichkeit und auf die Hebung des eigenen menschlichen Eigenwertes. Ungeachtet der Defizite, die noch bestehen, ist auch die veränderte Berufsausbildung der Frauen zu nennen: die meisten Mädchen haben heute einen Beruf erlernt und ausgeübt. Daraus resultiert die veränderte Stellung der Frau in der jungen Ehe, weil beide Partner arbeiten und Geld verdienen und nicht mehr der Mann alleine. Auch das Mädchen "aus gutem Hause" lebt heute nicht mehr in der von Stefan Zweig als verbreiteter Lebensform geschil-

dernten "völlig sterilen Atmosphäre"⁵⁴⁶⁾ bis zur Heirat und ebenfalls existiert "die von Studium, Beruf und Öffentlichem Leben ausgeschlossene geistig und menschlich verbildete lebensuntüchtige höhere Tochter"⁵⁴⁷⁾ nicht mehr. Die Wandlung in der Erziehung, Ausbildung und Tätigkeit und in der Folge auch im Selbstwerterleben der Frau bildete eine wesentliche Voraussetzung für den Abbau des patriarchalischen Systems, das überhaupt erst die moderne Familie als Intimgruppe entstehen lassen konnte. Die Vorteile der neuen Familienform gegenüber der alten sind offensichtlich. Die patriarchalisch organisierte Familie ließ der freien Entfaltung der personalen Eigensubstanz von Frau und Kindern keinen Raum und zerstörte das Intimverhältnis der Familie. Mit Recht wird daher die Auffassung vertreten, daß ohne die Entfaltung und Anerkennung des Selbstwertes der Frau, ohne ihr Bewußtwerden als Person, "das Entstehen der modernen Familie als Intimgruppe nicht möglich geworden (wäre)"⁵⁴⁸⁾. Der "Eheherr", das "Familienoberhaupt", der "Hausherr" früherer Zeiten⁵⁴⁹⁾ zerstörte durch die selbstverständliche und unreflektierte Übernahme der Rolle des "Herrschers", damals in der Gesellschaft in jeder Schicht anzutreffen, den Innenraum der Familie und ließ die Intimität der Beziehungen oft nicht aufkommen. Mit Recht spricht Gerhart Baumert in bezug auf die patriarchalisch organisierte Familie von der "stets gespannten und konfliktgeladenen Atmosphäre" in jenen Familien, welche die Autorität nur unter Zwang akzeptierten⁵⁵⁰⁾. Aber auch dort, wo Herrschaft milder geübt wurde, zerstörte diese, weil sie zum "Machtspruch" neigte und nicht zum "Sichaussprechen", die Innerlichkeit der Familie. Ein intimes Verhältnis setzt nach heutiger Sicht Gleichrangigkeit voraus, die sich in gemeinsamer Planung, gemeinsamem Tun, gegenseitigem Verständnis und Miteinanderreden ausdrückt.

546) Stefan Zweig, Die Welt von Gestern, S. 100.

547) Wolf-Lüke-Hax, Scheidung und Scheidungsrecht, S. 195.

548) König, Materialien zur Soziologie der Familie, S. 83. Ebenso Begemann, Strukturwandel der Familie, S. 46. König, a.a.O., S. 83 fährt fort: "Was in bezug auf das Verhältnis der Ehegatten zueinander festgestellt werden mußte, trifft in gleicher Weise zu für das Verhältnis der Eltern zu den Kindern. In der Intimsphäre kann sich auch dies Verhältnis einzig unter Respektierung der personalen Eigensubstanz der Kinder und Jugendlichen normal ausgestalten."

549) Wolf-Lüke-Hax, Scheidung und Scheidungsrecht, S. 195.

550) G. Baumert, Deutsche Familien nach dem Krieg, S. 130.

Als äußere Ursachen für die Verinnerlichung der Ehe sind vor allem die Lebensbedingungen in der modernen Industriegesellschaft zu nennen, die den Menschen die personale Geborgenheit in der Außenwelt nicht mehr finden lassen, so daß er sich in die Intimguppe flüchtet. "Je mehr Entfremdung und Vereinzelung das berufliche Leben brachte, desto größer wurde die Bedeutung der Familie als Gegenpol gegen die sekundären Systeme: emotionale Geborgenheit vor einer Welt, die häufig als feindlich oder gleichgültig erfahren wurde; Bestätigung der Person - die volle persönliche Identifikation - wurden in ihr gesucht und gefunden. Die romantische Gattenliebe wurde geradezu nötig in dieser Umwelt"⁵⁵¹⁾. Die Gattenliebe wurde also notwendig, bald darauf aber auch verlangt: den Ehepartner hat man zu lieben. Die soziale Erwartung wurde weithin verinnerlicht und ist nun als Verlangen und Hoffnung bei den Ehepartnern meist in realiter vorhanden.

c. Beendigung der Ehe

Die Scheidung hat sich heute als rechtliche Einrichtung durchgesetzt. Weil die Ehe aus Liebe geschlossen wird und die Gatten erwarten, diese in der Ehe zu finden, weil die Stabilität der Ehe wesentlich davon abhängt, ob es den Partnern gelingt, die gegenseitige Gefühlsbindung und Solidarität am Leben zu erhalten, weil außerdem die emotionale Beanspruchung der Partner größer geworden ist als je zuvor und sie unter diesem erhöhten Druck eher scheitern können als früher, und weil schließlich der personale Eigenwert der beteiligten Personen wegen der größeren "Hautnähe" weit eher bedroht werden kann als früher und zudem die individualistische Denkungsart dazu führt, daß die Partner sich eher bedroht fühlen, weil die Beziehungen nicht mehr durch das frühere Autoritätsgefüge "vorgeordnet" sind, sondern erst im Einzelfall gesucht und gefunden werden müssen, was mitunter wegen der unterschiedlichen Rollenerwartungen von Mann und Frau nicht geschieht, ist die Ehescheidung als regulierende Instanz notwendig geworden. Alle Gesichtspunkte, die für die größere Innigkeit, das größere Vertrauen und das vertiefte Verständnis füreinander in der heutigen Ehe angeführt werden konnten, sind in gleicher Weise für

551) Pfeil, Die Großstadtfamilie, S. 155.

ihr leichteres Scheitern zu nennen. Die Funktionsentblößung der Familie, der Abbau ihrer patriarchalischen Struktur, der Individualismus der heutigen Zeit, die Industriegesellschaft und ihr Geist, haben auch bezüglich der Familie nicht nur ein positives, sondern auch ein negatives Gesicht. In bezug auf Ehe und Familie ist jede Klage aber über die "Verwilderung der Sitten" oder über das "sinkende Geschlecht"⁵⁵²⁾ fehl am Platz. Wie die intime Ehe zu unserer Gesellschaft gehört, so gehört auch als deren Folge die Scheidung dazu, genauso wie zur Standes-, Sach-, Vernunft-, Geld- und Herrschaftsehe früherer Zeiten ihre Unauflöslichkeit gehörte⁵⁵³⁾. Die Ehescheidung muß als regulatorische Instanz gegen Schäden gesehen werden, die der Ehe und Familie wegen der großen Intimität erwachsen können. Besonders groß sind etwa heute noch Schädigungen der Gemeinschaft durch anachronistisch fortbestehenden Patriarchalismus. So ist es keineswegs nur Indiz eines charakterlichen Versagens des Mannes, wenn, wie meist, die Frau die Scheidung einreicht. Hinter den individuellen Ursachen bei den einzelnen Gatten wirken oft soziologische Gesetzmäßigkeiten, eben das Überleben patriarchalischer Vorstellungen beim männlichen Partner in einer Zeit, in der die Gatten gleichberechtigt geworden sind⁵⁵⁴⁾. Die Scheidung ist auch keineswegs eine Institution, die die Ehe wertlos macht. Die Scheidung bedeutet immer nur ein Scheitern zweier bestimmter Partner und eine Auflösung dieser einen konkreten Ehe, sie beinhaltet keine Aushöhlung der Ehe schlechthin. Das läßt sich empirisch nachweisen. Die meisten Gatten - Männer zu 80 %, Frauen zu 70 % - gehen eine neue Ehe ein und zwar im allgemeinen bald nach der gescheiterten⁵⁵⁵⁾ Ehescheidung bedeutet also nicht Ehescheu. Die Scheidung eröffnet den meisten Gatten vielmehr den Start in eine bessere und erfülltere Gemeinschaft mit einem anderen Partner. Es wurde erwähnt, wie sehr die Menschen heute die Innigkeit und das Verständnis in

552) Siehe die folgenden Verse aus dem finnischen Nationalepos, der Kalevala, S. 11:

"Was die Kinder nimmer können,
Nicht ein jeder Held verstehtet,
Jetzt in diesen schlimmen Zeiten
Bei dem sinkenden Geschlechte;"

553) Mayntz, Die moderne Familie, S. 63. Ähnlich auch Pfeil, Die Großstadtfamilie, S. 155.

554) König, Materialien zur Soziologie der Familie, S. 83.

555) Vgl. Mohr-Scheuch, StAZ 1970, 63.

der Ehe benötigen: die Scheidung bildet die Möglichkeit, beides noch oder wieder zu finden⁵⁵⁶⁾.

2. Das heutige Eltern-Kind-Verhältnis

Wie anfangs ausgeführt, sind die für die Ehe geschilderten Fakten auch von großer Bedeutung für das Verhältnis von Eltern und Kindern. In der Enge der Intimgruppe kann man in bezug auf das emotionale Klima Ehe und Familie nicht trennen. Wenn die Ehe aus Neigung eingegangen wird, wenn die Beziehungen der Gatten zueinander innerlicher geworden sind, wenn der Patriarchalismus entschunden und der Individualismus entstanden ist, und wenn schließlich Großstadt, technische Umwelt und Arbeitsbedingungen die Menschen in der Familie zueinander führen, bleibt davon das Eltern-Kind-Verhältnis nicht unberührt. Die Kinder sind in das Intimverhältnis einbezogen: daher ist in den Eltern-Kind-Beziehungen genauso die Tendenz zur Verinnerlichung und Liebe festzustellen wie im Verhältnis der Gatten zueinander. Das Kind ist in das Sympathiesystem innerhalb der Familie integriert. Die Verbundenheit zwischen Eltern und Kindern beruht wesentlich auf den gleichen Gründen wie die zwischen den Gatten. Und wie die Gatten wegen ihres personalen Verhältnisses nicht auswechselbar sind, gewiß aber von Staat oder Gesellschaft nicht ausgewechselt werden dürfen, so sind auch Eltern und Kinder aus den gleichen Gründen weder austauschbar noch auszutauschen.

556) Daher kann die Feststellung Horkheimers, Autorität und Familie, S. 84, daß die Ehe in vielen sozialen Gruppen durch das Institut der Scheidung "praktisch abgeschafft" worden sei, keine Zustimmung finden. Nicht nur durch die hohe Zahl der Zweiteheiraten läßt sich dies belegen, es läßt sich auch daran zeigen, daß die Jugendlichen intensiver als früher in die Ehe streben. In der Umfrage von Pfeil, Die 23jährigen, S. 62 f. antworteten spontan 70 % der noch Unverheirateten auf die Frage, wie sie sich ihr Leben im Alter von 30 Jahren vorstellten, daß sie hofften, dann verheiratet zu sein. Außerdem hatten 64 % der Frauen und 45 % der Männer im Zeitpunkt der Umfrage bereits eine konkrete Ehe im Sinn; falls sie noch nicht verheiratet waren, waren sie verlobt oder "so gut wie verlobt". In früheren Jahrhunderten war demgegenüber sogar eine ausgesprochene Ehescheu weit verbreitet, so etwa im 18. Jahrhundert. Siehe van Ussel, Die Kleinfamilie, S. 98. Auch Wolf-Lüke-Hax, Scheidung und Scheidungsrecht, S. 195 haben nicht Recht, wenn sie eine eingeschränkte Liebesfähigkeit des "Massenmenschen" behaupten, die zur erhöhten Scheidungsanfälligkeit der Ehe führe.

Nennen wir nun neben den beim Eheverhältnis aufgezählten die zusätzlichen sozialen Gründe, die die Entwicklung des personalen Eltern-Kind-Verhältnisses begünstigt haben.

Das Kindermädchen, die Gouvernante und der Hauslehrer sind auch in den Häusern des Bürgertums praktisch nicht mehr anzutreffen. Das hat erhebliche Auswirkungen auf das Eltern-Kind-Verhältnis, weil damit keine anderen Erwachsenen mehr in der Familie vorhanden sind, die störend auf das Eltern-Kind-Verhältnis einwirken könnten. Ferner fehlen damit auch Personen, die praktisch Elternstelle einnehmen, und auf die sich die Liebe des Kindes daher eher als auf die Eltern richtet. Schließlich hat sich heute als gesellschaftliche Norm allgemein durchgesetzt, daß sich die Eltern und nicht andere Personen um die Kinder zu kümmern haben und diese lieben müssen. Eltern aller Schichten verlangt es nunmehr auch nach der Zärtlichkeit ihrer Kinder. Das ist u.a. ebenfalls auf die Entwicklung der technisierten Gesellschaft, auf die Vergrößerung der Städte und auf das Vordringen des Funktionalismus in alle Lebensbereiche zurückzuführen: der Erwachsene sucht Wärme und Empfindung nicht nur bei seinem Ehepartner, sondern auch bei seinem Kind.

Die erhöhte Gefühlsintensität der Eltern-Kind-Beziehungen ist mittelbar auch auf die Fortschritte der Medizin zurückzuführen. Heute werden fast alle Kleinkinder ihren Eltern erhalten. Nur noch ein minimaler Prozentsatz der Säuglinge stirbt. Die Eltern können ihre Liebe bereits dem Kleinkind zuwenden, ohne befürchten zu müssen, daß ihnen das Subjekt ihrer Liebe wieder entrissen würde. Die natürliche Empfindung der Eltern gehört voll dem Kleinkind und ihm vor allem. Das ist - wie wir wissen - deshalb so bedeutsam, weil sich die Eltern-Kind-Beziehung gerade in den ersten Lebensjahren des Kindes ungemein vertieft: hier wird der eigentliche Grund für das Eltern-Kind-Verhältnis insgesamt gelegt.

Ferner hat die allgemeine Besserung der Lebensverhältnisse zu der Familienatmosphäre beigetragen, die wir heute als Innigkeit bezeichnen. Wo Kinder, wie heute, materiell gesehen nur noch Objekte darstellen, die die Eltern lange Jahre belasten, wo den Eltern mit dem Nachwuchs keine Arbeitskräfte mehr heranwachsen, aus denen

später Nutzen gezogen werden kann (wie in der agrarischen Gesellschaft), muß auf weite Sicht für alle genügend zum Leben vorhanden sein, sollen Kinder willkommen sein. Den Einfluß, den Armut ausübt, ersehen wir daran, in welcher heute unvorstellbarem Ausmaß früher Mütter ihre Kinder getötet, ausgesetzt oder "versehentlich im Schlaf erdrückt" haben, nur um noch größerer Not zu entgehen⁵⁵⁷). Wenngleich materiell vor allem für nichteheliche Mütter auch in unserer Gesellschaft noch manches zu tun bleibt, ist nicht zu leugnen, daß sich die Lebensverhältnisse entscheidend gebessert haben und daß elementare Not und Existenzangst in breiten Bevölkerungsschichten nicht mehr anzutreffen sind. Auch aus diesem Grunde konnte sich das Verhältnis der Liebe und Innigkeit der Eltern zu ihren Kindern entwickeln.

Überhaupt ist der Einfluß der materiellen Lebensbedingungen auf die gesellschaftliche Einstellung zum Kind und damit mittelbar auch auf die Einstellung der einzelnen Eltern zu ihren Kindern, nicht zu unterschätzen. So ist es kein Zufall, daß das Kind in der Bundesrepublik analog zur Sättigung der Lebensbedürfnisse und zur Ausbreitung des materiellen Überflusses in den Mittelpunkt der Betrachtung rücken konnte. Die Entwicklung zur "child-centered-family"⁵⁵⁸) ist auch in dem besonderen Verhältnis begründet, in dem das Kind zur Konsumgesellschaft steht, und das später noch angesprochen werden soll.

Im Hinblick auf die veränderten Lebensbedingungen ist ein weiterer Punkt zu nennen. Die Jugendlichen bleiben heute viel länger zuhause als früher, auch in der Unterschichtfamilie, weil die Schul- und Ausbildungszeiten länger geworden sind, und weil außerdem wegen der Ausbreitung der Mittel- und Großstädte für den Jugendlichen keine Notwendigkeit mehr zum Abwandern besteht, da das Angebot an Ausbildungs- und Arbeitsplätzen (leider) anderswo nicht größer ist als am Heimatort. Daher wohnt der Jugendliche

557) Die moderne Art, sich auf schlechte oder sich verschlechtern-
de wirtschaftliche Verhältnisse einzustellen, sind Geburten-
regelung (und Abtreibung). So sank die Geburtenrate während
der Weltwirtschaftskrise innerhalb von 3 Jahren um 20 %.
Vgl. Oehlert, StAZ 1974, 196.

558) Siehe Despert, Children of Divorce, S. 251 f. zur Entwicklung
in den USA.

oft bis zur Verheiratung bei den Eltern. Das Eltern-Kind-Verhältnis hat sich freilich nach der Volljährigkeit des Kindes meist gewandelt und ist mehr zu einem Kameradschaftsverhältnis geworden. Dennoch - und vielleicht gerade deshalb - bleibt die Familie bis zur Eheschließung die "wesentliche Intimgruppe"⁵⁵⁹). Ist die Wandlung des Eltern-Kind-Verhältnisses nicht erfolgt und hat sich der Jugendliche deshalb (oder aus anderen Gründen) von den Eltern innerlich entfernt oder abgewandt, ist die Familie allerdings nur noch "Tankstelle" und der Jugendliche sucht die Bindung außerhalb, etwa in einer vorehelichen Paarbeziehung. Das erklärt auch das schon festgestellte Phänomen der frühen Bindung an einen festen Partner.

Die Wandlung der Eltern-Kind-Beziehung innerhalb der Familie wird ferner bewirkt durch die stärkere Anerkennung des "Weiblichen" in unserer Gesellschaft. Die größere weibliche Sensibilität, die stärkere Abhängigkeit der Frau von Gefühlen, die im sozialen Verständnis nicht - wie oft beim Mann - verdrängt werden müssen, findet heute mehr Verständnis als früher. Die Folge ist, daß nunmehr in der Gesellschaft auch psychische, seelische und soziale Beeinträchtigungen der Person zur Kenntnis genommen und als "wirkliche" Schädigungen angesehen werden⁵⁶⁰). In bezug auf das Eltern-Kind-Verhältnis ist wichtig, daß Eltern heute besser wissen als früher, was Kinder emotional von ihnen erwarten: das gesellschaftliche Leitbild der Eltern-Kind-Beziehung ist inzwischen das "von Liebe erfüllte Verhältnis" geworden und nicht mehr das Autoritäts-

559) Pfeil, Die Großstadtfamilie, S. 156: "Durch empirische Beobachtung erst wurde bewußt, in wie hohem Maße Familienrituale, gemeinsame Spiele, gemeinsame Freizeit und Reisen von großstädtischen Familien gepflegt werden. Man machte dauernd neue Entdeckungen: Die Eltern als Ratgeber der Heranwachsenden (Leopold Rosenmayr), als Vertrauensperson noch der 23jährigen, der Vater als Vorbild noch in einer "vaterlosen Gesellschaft", die Identifikation der jungen Generation mit der Wertorientierung der Familie (Gerhard Wurzbacher)."

560) G. Zenz, in: Handlexikon zur Rechtswissenschaft, S. 98 spricht treffend vom "geschärften Bewußtsein (des Richters) von der Komplexität zwischenmenschlicher Beziehungsstrukturen und -prozesse." Es ist daher zu erwarten, daß auch in der gerichtlichen Praxis in Zukunft psychische und seelische Beeinträchtigungen des Kindes mehr berücksichtigt werden als bisher (z.B. beim Umgangsrecht).

verhältnis vergangener Zeiten. Auch Kommunikationsmittel⁵⁶¹⁾ sagen heute den Eltern, wie sie sich verhalten müssen, um "gute Eltern" zu sein⁵⁶²⁾.

Unterstützt wird diese Entwicklung durch den Abbau patriarchalischer Strukturen in Gesellschaft und Familie. Dadurch ist nicht nur, wie geschildert, das Verhältnis der Gatten zueinander inniger geworden, auch das Vater-Kind-Verhältnis wurde emotional angereichert und intensiviert. In dieser Beziehung hatte der Vater besonders viel aufzuholen. In der vergangenen Zeit konnte das Gefühlsverhältnis nicht aufkommen, weil es dem Patriarchen als Schwäche angerechnet wurde, wenn er Gefühle zeigte. Zur sozialen Rolle des Vaters gehörte es, mit Gefühlen haushälterisch umzugehen. Er war die strenge, maßregelnde Instanz in der Familie. Diese Rollenvorstellung wurde dem Vater meist durch Verinnerlichung zur zweiten Natur. Der inzwischen eingetretene Wandel ist offensichtlich. Heute ist im allgemeinen auch der Vater in Liebe seinem Kind verbunden und darf dies auch zeigen. Er weigert sich ferner oft, der allein Maßregelnde in der Familie zu sein⁵⁶³⁾, weil diese undankbare Position die innere Verbindung zum Kind zu hindern droht (und Jahrhunderte lang gehindert hat): "Die Autorität tritt zurück, weil die Väter vielfach keine Väter mehr sein

561) Siehe nur die Zeitschrift "Eltern" und die Ratgeber-Spalten in anderen Zeitschriften.

562) Blandow, Rollendiskrepanzen in der Pflegefamilie, S. 23, 27, 35 schreibt, daß das Mutter-Kind-Verhältnis enger sei als früher, weil heute Mütter ihre Kinder selbst erziehen und eine genaue Vorstellung von der Mutter-Rolle besitzen. Zur Rolle des Vaters siehe Weber, Ehe 1974, 59: 3 Vater-Typen werden aufgezählt, die sich aus dem "Despoten des vorigen Jahrhunderts" entwickelt haben: a) der Vater, der die autokratische Linie aufrechterhält, b) der Vater, der desorientiert ist und nicht weiß, wie er sich verhalten soll. Seine erzieherische Haltung ist gekennzeichnet durch einen Wechsel zwischen Härte und Nachgiebigkeit. c) Der Vater, der ein neues Verhältnis zu seinen Kindern sucht, indem er sich mit ihnen beschäftigt, mit ihnen spielt, auf sie eingeht, sich zu ihnen herabläßt, sie zu verstehen versucht.

563) Brocher-von Friedeburg, Lexikon der Sexualerziehung, S. 186: "Auch hat auf diese Weise die extreme Rollenzuteilung zwischen den Eltern bei der Erziehung der Kinder (der Vater als der Disziplinierende und die Mutter als die Versöhnende) ihre Grundlage verloren. Dem entspricht, daß jetzt seltener ein Elternteil allein die für ihn emotional unvorteilhafte Rolle der disziplinierenden Instanz spielen möchte."

wollen, sondern nur noch Kameraden"⁵⁶⁴). In der partnerschaftlichen Familie zeigt sich auch eine frühe Beziehung des Vaters zum Kind. Der Vater ist "mütterlicher", die Mutter "väterlicher" geworden, indem sie einen Teil seiner Aufgaben übernommen hat⁵⁶⁵). Dadurch konnte sich das Vater-Kind-Verhältnis zu einem "menschlichen Verhältnis" entwickeln. Übrigens in allen sozialen Schichten. Auch in der Unterschichtfamilie ist nicht mehr die früher häufig zu findende Aggressivität des Vaters bei der Kindererziehung, die "Prügelpädagogik", anzutreffen⁵⁶⁶). Auch ist das Kind in den meisten Familien nicht mehr, wie vormals oft, Sündenbock für die Unpäßlichkeiten, die den Eltern in der Außenwelt zustoßen. Das Kind ist Identifikationsobjekt und Objekt der Liebe geworden, weithin nicht mehr Objekt der Aggressionsabfuhr.

Mit die wesentlichste Wandlung im Eltern-Kind-Verhältnis hat jedoch die Geburtenregelung gebracht. Bisher scheint diese zwar überwiegend in der Ehe praktiziert zu werden, auch das ist schon ein großer Gewinn, doch ist das Vordringen auch in voreheliche Bereiche zu erwarten, da - wie geschildert - Empfehlungen zur Empfängnisverhütung angesichts der durch die Abtreibung drohenden Gefahren künftig breitere Unterstützung finden werden als bisher. Die "Pille" ist im Begriff, das Eltern-Kind-Verhältnis in einem Ausmaß zu revolutionieren, das uns bisher noch nicht zum vollen Bewußtsein gekommen ist. Da die Eheleute heute die Möglichkeit haben, zu bestimmen, wann sie ein Kind wollen, wieviel Kinder sie wollen und in welchem Abstand sie diese wollen, ist auf lange Sicht sichergestellt, daß in größerem Ausmaße als bisher "Wunschkinder", mit all den positiven Auswirkungen, die diese Tatsache

564) Bruno Heck, zitiert nach Haensch, Repressive Familienpolitik, S. 148. Vgl. auch Begemann, Strukturwandel der Familie, S. 215: "Today in the companionship ideology a father should be a pal to his son and a mother should be an older sister to her daughter."

565) Gerson, Das Vaterproblem in der Erziehung, S. 208; Horstmann, Zum Problem der personenrechtlichen Beziehungen, S. 75.

566) Vgl. Bronfenbrenner, Wandel der amerikanischen Kindererziehung, S. 321: "Gleichzeitig scheint die Kluft zwischen den sozialen Schichten und deren Zielen und Methoden in der Kindeserziehung geringer zu werden, indem die Eltern aus der Arbeiterschicht allmählich sowohl die Werte als auch die Erziehungsmethoden des Mittelstandes übernehmen."

auf das Eltern-Kind-Verhältnis hat, zur Welt kommen⁵⁶⁷⁾. Die "sichere Geburtenregelung" bietet im Eltern-Kind-Verhältnis vieles: den Kindern die Gewißheit, in Liebe empfangen zu werden und die hohe Chance, im Leben mit Liebe versorgt zu sein, den Eltern die Freiheit der Wahl. Auch die Geburtenregelung erlaubte erst das "neue" Eltern-Kind-Verständnis, dem wir in weitem Ausmaß schon heute begegnen.

Die Geburtenregelung führt eine Geburtenbeschränkung mit sich. Dadurch wurde die Gefühlsintensität im Eltern-Kind-Verhältnis in bezug auf das einzelne Kind erhöht. Dem einzelnen Kind kann in einer Zwei- oder Drei-Kinder-Familie mehr Liebe zuteil werden als in der früheren Viel-Kinder-Familie.

Die vordringende Geburtenregelung und die dadurch verringerten Kinderzahlen ist nicht als Auflösung der Familie zu deuten, sondern als bewußte und gewollte Anpassung der Familie an eine veränderte Umwelt. Die heute praktizierte Geburtenbeschränkung hat also nichts mit dem um die Jahrhundertwende festgestellten soziologischen Gesetz zu tun, wonach bei steigendem Einkommen die Kinderzahlen abnehmen. Die heutige Geburtenbeschränkung beruht nicht auf Kinderfeindschaft, sondern zeigt vornehmlich den Versuch, die Kinderzahl mit dem Lebensstandard und auch mit der Möglichkeit, dem Kind Liebe und Zuwendung zu geben, in Einklang zu bringen⁵⁶⁸⁾. Da die christlichen Gedanken der Pflicht, der Entsagung und des Opfers unsere Welt nicht mehr beherrschen, dem "praktischen Atheisten" nicht mehr verbindlich sind, ist dieses Motiv völlig "legal". Es kann für die Eltern in der Jetztzeit kein Wert mehr sein, möglichst vielen Kindern das Leben zu schenken. Kinder sind für Eltern in der industriellen Gesellschaft nicht schon durch ihr Vorhandensein ein Segen, sondern nur dann, wenn sie nicht überwiegend Arbeit und Mühsal bringen (wie bei großer

567) Siehe Baumert, Beobachtungen zur Wandlung der familialen Stellung des Kindes, S. 313: "Mit zunehmender Praktizierung der Geburtenkontrolle ändert sich die Einstellung zum Kind... Kinder, die ihr Leben ganz bewußt durch den Willen der Eltern empfangen, spielen von Beginn an in den Vorstellungen der Eltern eine andere Rolle als Kinder, die eben hingenommen werden, wenn sie kommen."

568) König, Materialien zur Soziologie der Familie, S. 20.

Kinderzahl), sondern vornehmlich Freude vermitteln (wie in einer begrenzten Familie). Auch haben Kinder selbst ein Anrecht darauf, von den Eltern die Liebe zu empfangen, die sie benötigen, was gleichfalls in der zahlenstarken Familie in der Regel nicht möglich ist.

Es ist damit abschließend festzustellen, daß das Eltern-Kind-Verhältnis der Gegenwart viel mehr durch Liebe und Innigkeit geprägt ist als das Eltern-Kind-Verhältnis vergangener Jahrhunderte. Heute schafft die gegenseitige Zuneigung die engen Verbindungen zwischen Eltern und Kindern. Es sind in dieser Beziehung sehr weitgehende Vergleiche zum Gattenverhältnis möglich. Beim Verhältnis der Gatten zueinander sind Eheschließung, Eheinhalt und Ehescheidung weithin von der gegenseitigen inneren Bindung der Partner zueinander abhängig. Ähnliches läßt sich für das Eltern-Kind-Verhältnis feststellen. Auch das Eltern-Kind-Verhältnis entsteht in der Liebe, besteht in der Liebe und endigt, falls ein Minimum an Zuneigung nicht oder nicht mehr vorhanden ist. Die Parallelen zwischen Gattenverhältnis und Eltern-Kind-Verhältnis sollen - ergänzend zum bisher Gesagten - nunmehr näher gezeigt werden.

3. Das Ehe- und das Eltern-Kind-Verhältnis im Vergleich

a. Das Zustandekommen des Ehe- und des Eltern-Kind-Verhältnisses

Die gegenseitige Liebe führt die Verlobten zur Eheschließung. Die Liebe zum Kind führt Eltern und Kinder im Eltern-Kind-Verhältnis zusammen. Letzteres ist unmittelbar ersichtlich, wenn ein Kind von fremden Eltern adoptiert oder von seinem nichtehelichen Vater für ehelich erklärt wird. Weder die Annehmenden noch der nichteheliche Vater sind zu solchen Akten verpflichtet: in der freiwilligen Verantwortungsübernahme für das Kind ist in der Regel der Ausdruck der Liebe zu sehen. Prinzipiell liegt die Sache im Verhältnis der (übrigen) leiblichen Eltern zu ihren Kindern nicht anders. Wohl bekommen die Eltern ihre Rechte und Pflichten vom Gesetz unmittelbar zugewiesen bzw. auferlegt, darin unterscheiden sie sich aber nicht von den Verlobten, wenn diese die Ehe geschlossen haben. (Durch die Eheschließung entstehen etwa

Unterhaltungspflichten zwischen den Gatten). Wie die Verlobten in der Eheschließung frei sind, so sind es die leiblichen Eltern durch eine praktizierte Geburtenregelung in bezug auf das Kind. Und wie das sexuelle Intimverhältnis normalerweise Ausdruck der gegenseitigen Liebe der Gatten ist, so ist dieses Intimverhältnis Ausdruck auch der Liebe zum Kind, wenn aus dem Geschlechtsakt gewollt und gewünscht ein Kind entsteht. Die von Liebe bestimmte Annahme des Kindes liegt hier bereits in der Zeugung. Man könnte, wären diese Worte nicht einem anderen rechtlichen Sachverhalt reserviert, von der Zeugung als von einer "pränatalen Adoption" des Kindes sprechen⁵⁶⁹⁾.

Der Vergleich zwischen Eheschließung als Ausdruck der Zuneigung und Zeugung des Kindes als Ausdruck der Liebe dürfte in Zukunft noch treffender sein als heute. Dafür spricht die vermutlich künftig in verstärktem Umfang praktizierte Geburtenregelung. Sind heute schon die meisten Kinder, die auf die Welt kommen, gewünscht und gewollt, so werden es in Zukunft noch weit mehr sein. Vielleicht ist aber auch heute schon der Prozentsatz an Kindern, die in Liebe empfangen werden, so hoch wie der Prozentsatz an Ehen, die aus Zuneigung geschlossen werden. Wenn bei der Eheschließung die Liebe als Grund des Konsenses der Verlobten vor dem Standesbeamten anerkannt ist⁵⁷⁰⁾, so trifft das in gleicher Weise für die Entstehung des Eltern-Kind-Verhältnisses zu. Die Liebe ist in der Ehe wie im Eltern-Kind-Verhältnis allerdings nicht unverbindlich: im Gattenverhältnis signalisiert sie Solidarität und gegenseitige Hilfe, die Bereitschaft, in guten wie in schlechten Zeiten zusammenzubleiben, im Eltern-Kind-Verhältnis beinhaltet sie prinzipiell die gleiche Bereitschaft, freilich Eltern-Kind spezifisch gesehen: wegen der Hilflosigkeit des Kin-

569) Oft wird der Akt der liebenden Annahme auch beim leiblichen Kind in die Zeit nach der Geburt verlegt; insb. beim Vater. Siehe Horstmann, Zum Problem der personenrechtlichen Beziehungen, S. 57: "... Näheverhältnis zwischen Vater und Kind erst auf Grund einer geistigen Entscheidung des Vaters". Ganz allgemein stellen Brocher-von Friedeburg, Lexikon der Sexualerziehung, S. 186 die Frage, "ob Elternschaft im menschlichen Sinne nicht gleichbedeutend ist mit der Übernahme der Verantwortung für die Entwicklung und Heranbildung des Kindes zur vollen Entfaltung seiner Möglichkeiten für sich selbst und für die Gruppe, der es angehört."

570) Siehe Müller-Freienfels, Ehe und Recht, S. 33.

des wesentlich die Verantwortungsübernahme der Eltern für die Kinder und erst bei fortschreitendem Alter der Abkömmlinge auch umgekehrte Verantwortlichkeiten.

b. Der Inhalt des Ehe- und des Eltern-Kind-Verhältnisses

Der Eheinhalt ist von Innigkeit und Liebe geprägt. So verhält es sich auch beim Inhalt des Eltern-Kind-Verhältnisses. Das Eheverhältnis findet sein Zentrum in der gegenseitigen Liebe und der weitgehenden Abhängigkeit von den funktionalen Beziehungen zwischen den Gatten (Kooperation und gegenseitige Hilfe), das Eltern-Kind-Verhältnis findet sein Zentrum in der persönlichen Bindung, ebenfalls weitgehend abhängig von der funktionalen Elternschaft (Pflege und Erziehung). In beiden Fällen sind die funktionalen Gegebenheiten (wie übrigens auch das räumliche Zusammenleben) zwar in der Regel vorhanden und auch nicht unwesentlich, letztlich aber doch nicht entscheidend. Unverzichtbar ist allein der innere Zusammenhalt. Dieser braucht aber nicht zerstört zu werden, wenn das funktionale Gattenverhältnis oder das funktionale Eltern-Kind-Verhältnis nicht (oder nicht mehr uneingeschränkt) besteht und der räumliche Zusammenhang aufgehoben ist. Wir brauchen hier nur an das Heimweh zu denken, das Kinder in einem Ferienheim nach den Eltern empfinden können, um zu sehen, daß räumliche Nähe und Funktionalismus nicht zwingend zum Wesen des Eltern-Kind-Verhältnisses gehören, sondern in Ausnahmefällen abdingbar sind. Der geforderte und meist feststellbare innere Zusammenhalt ist allerdings nicht mit eitel Glück und Freude zu verwechseln. Da Spannungen nicht ausbleiben können, ist im Gattenverhältnis wie im Eltern-Kind-Verhältnis allein das Gefühl entscheidend, (möglicherweise "trotz allem") zusammenzugehören.

c. Die Beendigung des Ehe- und des Eltern-Kind-Verhältnisses

Die Ehe kann geschieden werden, wenn die Liebe zwischen den Gatten erloschen ist und sie sich endgültig innerlich voneinander gelöst haben, wenn also, juristisch gesprochen, die Ehe unheilbar zertrüttet ist. Das Eltern-Kind-Verhältnis kann enden, wenn die Eltern sich nicht innerlich an ihr Kind gebunden fühlen und ihm

gleichgültig gegenüberstehen, so daß das Kind nicht die emotionale Verwurzelung findet, die es zu seiner Entwicklung braucht (§ 1748 n.F.). Die Scheidung macht nicht nur dem menschlichen Unglück der Gatten ein Ende, sie macht auch den Weg frei für einen Neuanfang in einer zweiten Ehe, in der die Gatten doch noch - oder wieder - die Liebe und Zuneigung finden, die sie angesichts einer gleichgültigen Umwelt benötigen. Auch dieser Sachverhalt findet im Eltern-Kind-Verhältnis seine Parallele. Auch im Eltern-Kind-Verhältnis macht die Trennung von den leiblichen Eltern dem Kind den Weg frei zu neuen Eltern, bei denen es die notwendige personale Bindung finden kann.

Im Hinblick auf die Beendigung haben Ehe und Eltern-Kind-Verhältnis auch Gemeinsamkeiten bezüglich der menschlichen Entwicklung der Beteiligten. Die Ehe endet, weil sich die Partner ohne die innere Verbundenheit nicht entfalten können, das Eltern-Kind-Verhältnis endet, weil sich das Kind ohne die innere Verbindung mit seinen Eltern nicht entwickeln kann. Die Sorge um ihr eigenes Wohl treibt die Eltern zur Scheidung, die Sorge um das Wohl des Kindes veranlaßt die Gesellschaft im Notfall, das Eltern-Kind-Verhältnis aufzulösen.

Abschließend ist also festzustellen, daß die inneren Gründe für das Entstehen, für das Bestehen und für das Erlöschen des Ehe- wie des Eltern-Kind-Verhältnisses wesentlich identisch sind.

4. Das Recht als konstitutives Merkmal des Ehe- und des Eltern-Kind-Verhältnisses

Konstitutive Merkmale beider Verhältnisse sind nicht nur die inneren Gegebenheiten, sondern auch die Bande des Rechts. Das ist bei der Ehe ohne weiteres offenbar. Sie kommt erst zustande, wenn sie vor dem Standesbeamten geschlossen wird. Erst das rechtliche Band macht es aus, daß zwischen der Liebesbeziehung, dem Konkubinat und der Ehe überhaupt unterschieden werden kann⁵⁷¹⁾. Ähnliches trifft beim Eltern-Kind-Verhältnis zu: Ohne das Vorhandensein des Rechts könnte man nicht zwischen dem nichtehelichen Vater,

571) König, Materialien zur Soziologie der Familie, S. 103.

dem ehelichen Vater, dem Scheinvater und dem Stiefvater - jeweils im Verhältnis zum Kind gesehen - differenzieren, auch könnte nicht zwischen der leiblichen Mutter, deren Kind adoptiert wurde, und der Adoptivmutter, die das Kind angenommen hat, unterschieden werden. Die konstitutive Bedeutung des Rechts zeigt sich in gleicher Weise in bezug auf das Erlöschen des Eheverhältnisses wie des Eltern-Kind-Verhältnisses. Die Ehe endet nicht schon, wenn die seelische Bindung und gegenseitige Liebe nicht mehr vorhanden sind, sondern erst, wenn die Ehe als Folge davon durch rechtskräftiges Urteil geschieden wird. Das Eltern-Kind-Verhältnis endet nicht, wenn die Eltern gleichgültig sind (und das Kind gefährdet ist), sondern erst, wenn das Eltern-Kind-Verhältnis von Rechts wegen aufgelöst wird. Wie die Ehe, so ist auch das Eltern-Kind-Verhältnis streng legalistisch, weil der Staat entscheidet, was als Ehe zu gelten hat, weil der Staat feststellt, was ein Eltern-Kind-Verhältnis ist. Die "legalistische Familie" - gesehen als Gegensatz zur "natürlichen Familie" - ist nicht Alptraum, sondern Wirklichkeit. Nur die "staatlich legitimierte Familie" existiert⁵⁷²⁾.

VI. Die geistig-sozialen Grundlagen des Wandels der Werte

1. Ursachen des Rangverlustes der genetischen Elternschaft

Es sind allerdings nicht die sozialen Zustände allein, die uns heute das Wesenselement der Eltern-Kind-Beziehung in der persönlichen Bindung sehen lassen. Vielmehr sind es auch geistige Phänomene, die die veränderte Blickrichtung bedingen und den Wandel in der Wertung nahelegen. Den geistigen Gegebenheiten soll im folgenden nachgespürt werden.

Die "Bindekraft von Thron und Altar", die in den ersten beiden Nachkriegsjahrzehnten eine gewisse Entsprechung in der engen Verflechtung der Träger der Staatsgewalt mit der Kirche fand, ist heute nicht mehr festzustellen. In der Mitte der sechziger Jahre hat in einem bisher nicht gekannten Ausmaß ein Prozeß der "Säkularisierung" eingesetzt, worunter hier der Vorgang verstanden wer-

572) Farber, Affinität und Abstammung, S. 117.

den soll, "durch den religiöses Denken, religiöse Praxis und religiöse Institutionen an sozialer Bedeutung verlieren"⁵⁷³⁾, je weiter die Zeit fortschreitet. Die Anzahl der Mitbürger wird ständig geringer, die die von der Kirche und der kirchlichen Lehre verbreiteten Gedanken als Grundlage des sozialen Lebens anerkennt. Wenn wir daran denken, daß das auf der Blutsverwandtschaft beruhende "natürliche Elternrecht" der Nachkriegszeit wesentlich aus christlicher Vorstellung heraus erwuchs, so werden wir realisieren müssen, daß die Gedanken, die den alten Wert des Eltern-Kind-Verhältnisses stützen, von dieser rückläufigen Tendenz nicht ausgenommen sein können.

Darüber hinaus haben aber auch die Kirchen - in Anpassung an Veränderungen im gesellschaftlichen Bewußtsein - ihre Auffassungen über Ehe und Familie in gewissem Umfange geändert. Der Teil der Bevölkerung, der noch religiös gebunden ist, folgt vielleicht sogar überwiegend eher den neuen Auffassungen denn den konservativen. In bezug auf das Eltern-Kind-Verhältnis ist das neue Denken zwar nicht direkt nachweisbar, wohl weil hier die Zusammenhänge noch nicht in ausreichendem Maße theoretisch neu durchdacht wurden, in bezug auf das Eheverhältnis ist die Wandlung der Vorstellungen jedoch offenkundig. So ist der Inhalt des katholischen Kirchenrechts, das als erstes Ziel der Ehe die Erzeugung und Erziehung von Nachkommenschaft, und als zweites die gegenseitige Unterstützung der Gatten und die heilende Ordnung ihres geschlechtlichen Verlangens bezeichnet (CJC c 1013 § 1), vielen Katholiken nicht mehr plausibel. Und entsprechend neueren Auffassungen ist denn auch in einem verbreiteten Werke der christlichen Moral zu lesen, die Ehe sei "auf die Seinsziele a) gegenseitige Persönlichkeitsentfaltung der Gatten in Liebe und b) Zeugung und Pflege von Nachkommenschaft in Liebe hingeeordnet"⁵⁷⁴⁾. Der doppelte Hinweis auf die Liebe zeigt den Wandel in den geistigen Grundlagen, der vollzogen wurde, um den Glauben in der heutigen Zeit wahr und lebendig zu erhalten⁵⁷⁵⁾. Die Erwähnung der

573) Siehe Morel, in: FK Sozialer Wandel, S. 246. Im Anschluß an das gleichnamige Buch von J. Matthes aus dem Jahre 1964 pflegt man den Prozeß der Säkularisierung auch als "Emigration der Kirche aus der Gesellschaft" zu bezeichnen.

574) Hörmann, Lexikon der christlichen Moral, S. 199.

575) Siehe hierzu näher, Böckle, Naturrecht im Disput, S. 123 f.

Liebe auch in bezug auf die Erziehung der Kinder zeigt weiter, wie sehr man sich von der Theorie des "Ursprungsverhältnisses" entfernt hat, "das die wesenhafte Überordnung dessen, der dem anderen sein Dasein schenkt, gegenüber demjenigen, der sein Dasein von dem anderen empfängt"⁵⁷⁶⁾, begründete. Nicht mehr die ursprüngliche Gewalt des Erzeugers gegenüber dem Gezeugten wird heute betont, sondern die Liebe des Erziehers gegenüber dem zu Erziehenden. Auch Christen sind heute nicht mehr bereit, ihren Tribut dem Geist einer vergangenen Zeit zu zollen: genauso wie das "biologistische Eheverständnis (der Kirche, P.S.) im 19./20. Jahrhundert"⁵⁷⁷⁾ ist auch - wie wir ergänzen dürfen - das "biologistische Verständnis der Eltern-Kind-Beziehung" im Begriffe, überwunden zu werden.

Daß die Wahl heute eher auf den emotionalen Wert denn auf den biologischen fällt, resultiert auch aus der Ablehnung nationalsozialistischen Gedankenguts durch den größten Teil der Bevölkerung. Das "rassistisch-biologistische" Denken der vergangenen Zeit - wie wir das letztgenannte Gedankengut in Abhebung vom Denken der herrschenden Meinung bezeichnen wollen - hat in den Augen derjenigen, die nicht christlich gebunden sind und also nicht in Gefahr standen, der Verirrung des christlich-biologistischen Denkens anheimzufallen, das blutmäßige Denken insgesamt - unabhängig von den nun genau damit verbundenen Inhalten - disqualifiziert. Das biologistische Denken allgemein wird so als Ausdruck einer vergangenen Zeit empfunden, was nicht zuletzt die bereits geschilderte Tatsache bezeugt, daß manche Kritiker die Auffassung der herrschenden Meinung unrichtigerweise mit dem Gedankengut des Dritten Reiches verbinden. Der "Wert" der Blutsbeziehung ist nicht selten denjenigen, die die tiefere Wurzel des Wertes nicht kennen, aufgrund der Erfahrung in der nationalsozialistischen Zeit zum "Unwert" geworden.

Der Wert der genetischen Elternschaft hat ferner "an Wert verloren weil die gesellschaftliche Bedeutung der Abstammung gesunken ist. Rechtlich hängt der Status des Kindes nicht mehr von dem seiner

576) Von Nell-Breuning S.J., Ehe und Familie, S. 259.

577) So mit Recht Bleistein S.J., Stimmen der Zeit 1975, 65.

(biologischen) Eltern ab: die geburtsständisch gegliederte Gesellschaft besteht nicht mehr. Auch sozial betrachtet hat die Abstammung nicht mehr die Bedeutsamkeit, die sie noch im vorigen Jahrhundert besaß, was sich etwa daran zeigt, daß nichteheliche Kinder heute nicht mehr sozial "deklassiert" sind. Weiter ist entscheidend, daß in der heutigen Gesellschaft Leistung viel mehr zählt als Herkunft und Familienzugehörigkeit⁵⁷⁸⁾. Daher sind in der gesellschaftlichen Vorstellung die Eltern, die das Kind hervorbringen, nicht mehr so entscheidend; viel wichtiger erscheinen im allgemeinen Bewußtsein Eltern, die das Kind für die heutige Gesellschaft lebens-, leistungs- und funktions-tüchtig machen⁵⁷⁹⁾. Das letztgenannte Faktum erklärt nicht nur, warum der blutmäßige Wert auf der Rangskala abgesunken ist, sondern gleichzeitig auch, warum sich der Wert der sozialen Elternschaft vor den der genetischen Elternschaft schieben konnte. Außerdem ist darauf hinzuweisen, daß die ungeheuerere Bedeutung der Leistung in der heutigen Gesellschaft auch den primären Wert des Eltern-Kind-Verhältnisses mitträgt: die "Fundierung der Emotionalität" im Säugling durch eine verlässliche Affektzufuhr schafft auch erst die Voraussetzungen dafür, daß der Mensch im späteren Erwerbsleben leistungsbereit ist⁵⁸⁰⁾.

Weiter spielt für die Änderung des Wertesystems auch eine Rolle, daß in der heutigen Zeit nicht "Nachwuchs" an sich für die Gesellschaft von Wert ist, sondern nur ein qualitätsgerecht aufgezogener. Diese Tendenz wird sich noch verstärken: zwar vielleicht nicht im geburtenarmen Deutschland, aber doch in großen Teilen der Welt. Der Wert der genetischen Elternschaft wird mit Sicherheit in Zukunft weiter an Geltung verlieren, weil die Bevölkerungsexplosion als die "bislang schwerwiegendste Regreßerscheinung der wissenschaftlich-technischen Kultur" mit rein technischen Mitteln nicht bewältigt werden kann. Sie bedingt zu-

578) Vgl. Szemkus, in: Die moderne Gesellschaft, S. 161.

579) Neidhardt, in: Der Mensch als soziales und personales Wesen, S. 179 beschreibt als anzustrebendes Sozialisationsziel, "den einzelnen im Rahmen der kulturellen, sozialen und materiellen Bedingungen seiner eigenen Gesellschaft lebens- und funktionstüchtig zu machen".

580) Siehe etwa Neidhardt, Strukturbedingungen und Probleme familialer Sozialisation, S. 216 f.

sätzlich eine Änderung des normativen Systems: "die ungeplante Entstehung von Nachkommen muß weltweit als Sünde klassifiziert werden"⁵⁸¹⁾.

2. Ursachen des Aufstiegs der emotionalen Elternschaft

Wurde bisher vornehmlich gezeigt, warum der Wert "genetische Elternschaft" an Wertschätzung verloren hat, so sollen nunmehr neben den beiläufig genannten Gründen noch weitere angegeben werden, die verständlich machen, warum diese Wertschätzung dem Werte "emotionale Elternschaft" zugefallen ist.

Die bedeutsamste Gegebenheit, die hier zu erwähnen ist, hat wieder wesentlich soziale Wurzeln. In der Gegenwart wird die gefühlsmäßig strukturierte Familie als Gegenpol zu den zweckrational gestalteten Systemen empfunden. Während man in diesen die Entfremdung des Menschen in der Arbeitswelt wahrnimmt, die Isolierung des einzelnen im "Anonymat der großen Städte"⁵⁸²⁾, sieht man in der Familie den Ort des Friedens gegenüber der als gleichgültig oder feindlich empfundenen Umwelt. Weil in der Familie emotionale Beziehungen gegenüber den zweckrationalen vorherrschen, wird die Familie als der Bereich empfunden, in dem sich "Existenz und existenzielle Kommunikation vollziehen" und "Dasein (als mögliche Existenz) sich entfalten kann"⁵⁸³⁾. Die Umwelt, die als den seelischen Belangen des einzelnen gegenüber abhold empfunden wird, läßt den Menschen Zuflucht in der Familie suchen. Dadurch bedingt wird die Familie so stark mit dem emotionalen Wert verbunden, daß mitunter sogar vergessen wird, daß die Familie auch ein sachbezogenes System darstellt, in dem viele Verrichtungen des täglichen Lebens geleistet werden müssen⁵⁸⁴⁾. Durch die starke Betonung der Gefühlsbeziehungen in der heutigen Zeit bleibt der biologische Wert außerhalb des Blickes oder wird nur als Vorstufe zum emotionalen Wert empfunden. Diese richtig erkannte Erscheinung des Lebenssinnes, den die Menschen in der

581) Mohr, Zeitwende 1974, 87.

582) Pfeil, Die Großstadtfamilie, S. 157.

583) Fechner, Rechtsphilosophie, S. 233.

584) Hierzu siehe Claessens-Menne, Zur Dynamik der bürgerlichen Familie, S. 319.

Familie suchen, hat Gernhuber zwar irrig der genetischen Elternschaft zugeschrieben⁵⁸⁵⁾: der Lebenssinn ist indessen ein Aspekt der emotionalen Elternschaft. Das sehen wir schon, wenn wir statt der Eltern-Kind-Beziehung die Ehebeziehung der Gatten betrachten. Die Gattenbeziehung vermittelt vielen den gleichen Sinn wie die Eltern-Kind-Beziehung, vornehmlich aus den gleichen Motiven: die Gatten sind aber nicht miteinander blutsverwandt. Warum sollte der Lebenssinn bei der Eltern-Kind-Beziehung aus der Blutsverwandtschaft folgen?

Wegen des Lebenssinnes, den der abwesende Elternteil noch weiterhin im Kind finden kann, wegen seines existentiellen Bezugs zum Kind über die persönliche Verbundenheit, gesteht die Gesellschaft ihm auch bei äußerer Trennung vom Kind ein Umgangsrecht zu. Fehlt die persönliche Verbundenheit des Elternteils mit dem Kind, also der existentielle Bezug, fühlt die Gesellschaft sich berechtigt, ihm das Kind zu nehmen (§ 1748 n.F.). Die Gefährdung, die im letzten Falle gesetzlich noch gefordert wird, ist immer und beliebig begründbar: so hat die Rechtsprechung häufig die Einwilligung in die Adoption ersetzt, wenn sich der abwesende leibliche geschiedene Vater nicht um das Kind gekümmert hat, obwohl das Kind bei der Mutter und dem adoptionswilligen Stiefvater auch ohne die Adoption gut aufgehoben war⁵⁸⁶⁾.

Das Vordringen des emotionalen Wertes wird weiter begünstigt durch das geistige Klima unserer Zeit. In bezug auf die hier interessierenden Fragen wird dieses mit den Begriffen "Individualismus" und "Subjektivismus" zutreffend umschrieben. Individualismus soll bedeuten, daß der Wert der Einzelperson höher veranschlagt wird als der Wert jedweder Gruppe. Subjektivismus soll ausdrücken, daß die seelisch-geistigen Werte der Person vor den objektiven Werten - etwa dem biologischen der Erhaltung der Gruppe - rangieren. So konnte etwa "Jugend" als selbständige Lebensform erst mit dem Herauslösen des Menschen aus den familialen Verbänden möglich werden⁵⁸⁷⁾. Auf die rechtliche Ebene über-

585) Gernhuber, FamRZ 1973, 237.

586) Siehe die Nachweise in meinen Darlegungen, ZBlJugR 1974, 416.

587) Vgl. Szemkus, in: Die moderne Gesellschaft, S. 161.

tragen, beinhalten die Begriffe Individualismus und Subjektivismus die Forderung, den psychischen Sachverhalten des Lebens auch eine erhöhte rechtliche Bedeutung beizumessen⁵⁸⁸⁾. Dieses Postulat ist etwa im 1. EheRG weitgehend verwirklicht worden: in diesem Gesetz ist prinzipiell anerkannt, daß der Wert der ehelichen Gemeinschaft weitgehend vom persönlichen Verhältnis der Gatten zueinander abhängt. Die Folge ist, daß die Ehe geschieden werden kann, wenn dieses innere Verhältnis nicht mehr besteht. Mit dem inneren Zerfall der ehelichen Gemeinschaft ist dieser der Sinn genommen: sie bietet dem Menschen nicht mehr die "Mitte"⁵⁸⁹⁾, bietet ihm dann auch nicht mehr den Zufluchtsort vor der bedrängenden Außenwelt. Ihre Entsprechung findet die personalistische Eheauffassung im personalistischen Verständnis der Eltern-Kind-Beziehungen.

Das personalistische Verständnis der Eltern-Kind-Beziehungen konnte weiter erst möglich werden mit der Entdeckung des Kindes als eigenwertiger Person. Diese Entdeckung ist u.a. folgenden Umständen zuzuschreiben:

Zunächst vielleicht dem bereits erwähnten Vordringen weiblicher Werte in die Gesellschaft, das synchron dem Prozeß der "Entväterlichung"⁵⁹⁰⁾ verlief. Dadurch wurden vor allem Werte wie Gefühlsbezogenheit, Verständnis, Toleranz usw. gefördert. Auch außerfamiliär ist die stärkere Anerkennung dieser Werte etwa an der gewachsenen gesellschaftlichen Sensibilität für das Schicksal der vom Leben benachteiligten Individuen und Gruppen deutlich zu spüren. Man ist heute viel eher geneigt als früher, den körperlich und geistig Behinderten, den Strafgefangenen, den Alkoholikern, den Baracken- und Asylbewohnern und anderen Randgruppen der Gesellschaft Hilfe zu leisten⁵⁹¹⁾. Im Zuge des Vorrückens weiblicher Werte wurde auch das Kind entdeckt, das bisher nur als

588) Mikat, FamRZ 1962, 273.

589) Henkel, Rechtsphilosophie, S. 207.

590) Siehe Claessens-Menne, Zur Dynamik der bürgerlichen Familie, S. 331 f.

591) Spaemann, ZRP 1974, 49, der indessen - allerdings kaum verständlich - gleichzeitig die Kehrseite dieser Entwicklung im Zusammenhang mit der Straflosigkeit der Abtreibung in der gewaltsamen Neigung zur "Brutalität gegenüber allem, was sich individuellen Ansprüchen in den Weg stellt" sieht.

unselbständiges Mitglied der Familie oder sogar nur als Objekt elterlicher Verfügungsgewalt verstanden wurde⁵⁹²⁾. Es braucht nicht besonders betont zu werden, daß es auch - unabhängig von der Entdeckung des Kindes - dieses Vordringen weiblicher Werte ist, das uns das Auge mehr auf die Gefühlsbeziehungen in der Familie, denn auf die Blutsbeziehung richten läßt.

Die Anerkennung des Kindes ist weiter gefördert worden durch die zunehmende Entwicklung und Bedeutung der Wissenschaften, die sich mit dem Kind befassen (Kinderpsychologie, Kinderpsychiatrie, Kindermedizin). Die Vertreter dieser Erkenntniszweige versäumen auch nicht, ihr Wissen einer ohnehin interessierten Öffentlichkeit kundzutun. Ferner ist zu beobachten, daß durch die Popularisierung dieser Erkenntnisse der Blick der Gesellschaft für psychische Gegebenheiten geschärft wird⁵⁹³⁾, was ebenfalls zu den Veränderungen im Wertesystem beigetragen hat und weiter beiträgt. Zu den Wissenschaften, die den Wandel des Wertesystems mittragen, sind auch die Soziologie und die Biologie, letztere in ihrem besonders aktiven Zweig der Verhaltensforschung, zu zählen. In der Familiensoziologie ist schon seit langem die "biologische

592) In bezug auf Deutschland siehe Gernhuber, FamRZ 1962, 89, der auf die terminologischen Anleihen des Familienrechts aus dem Sachenrecht hinweist, soweit es um Kinder geht (§ 1632: Herausgabe des Kindes, RGZ 122, 124: Recht der Eltern auf den Besitz des Kindes). Ähnliches ist in weiten Teilen der industrialisierten Welt zu beobachten. Farber, Affinität und Abstammung, S. 101 zeigt, daß Worte wie "übergeben, erhalten, transferieren, in Besitz nehmen" oft in bezug auf Kinder benutzt werden. So stellt der Japanische Zivilkodex von 1962 in Art. 824 fest, daß "eine Person, die elterliche Macht ausübt, den Besitz eines Kindes verwaltet". Anmerkungen zu Rechtsfällen in den Annotated Laws of Massachusetts von 1969 besagen in Kapitel 210 Absatz 2: "Eltern haben keine absoluten Besitzrechte auf ihre minderjährigen Kinder, die ihnen nicht ohne ihre Zustimmung entzogen werden können."

593) Es ist kein Zufall, daß sich die allgemeine Medizin in der heutigen Zeit mehr denn je den psychischen Ursachen der Krankheiten zuwendet, daß man heute viel deutlicher als früher erkennt, in welchem weitem Umfang eine Krankheit psychosomatisch ist.

Periode" überwunden⁵⁹⁴⁾; heute erklärt die Soziologie allgemein, wie erwähnt, das Merkmal der Intimität zum Primärmerkmal der Familie und die Blutsbeziehung erst zu einem nachrangigen Merkmal. Und Hassenstein, einer der Vertreter der Verhaltensforschung, sagt, wie wir gleichfalls wissen, daß "gerade die moderne Biologie ... in der Elternbindung nicht in erster Linie die Blutsverwandtschaft, sondern die seelisch-geistige Bindung"⁵⁹⁵⁾ sieht. Daß die weitere Verbreitung dementsprechender Fakten den bereits im Gange befindlichen Wandel des Wertsystems weiter beschleunigen wird, steht außer Frage⁵⁹⁶⁾.

Unterstützt wird die Hinwendung zum Kind und die Entstehung einer "child-centered-family"⁵⁹⁷⁾, die in den Vereinigten Staaten in der Mittelschicht schon weitgehend verwirklicht ist, auch durch Gedanken, die dem technologischen und ökonomischen Bereich der

594) Zur "biologischen Periode" in der Soziologie vgl. König, Materialien zur Soziologie der Familie, S. 102 f. Die biologische Periode wies sich u.a. dadurch aus, daß überall da, wo die Bezeichnungen Vater und Mutter auftauchten, Blutsbeziehungen angenommen wurden. Das ist inzwischen widerlegt. König, a.a.O., S. 103 zeigt den Unterschied von Verwandtschaft und Blutsgemeinschaft noch an weiteren Gegebenheiten: So braucht da, wo Verwandtschaft und Blutsgemeinschaft zusammenfallen, die Nähe und Ferne der sozialen Verwandtschaft nicht im gleichen Rhythmus wie die Nähe oder Ferne der Blutsgemeinschaft zu variieren. Dies ist insb. in extrem vaterrechtlich-patriarchalischen Gesellschaften der Fall, wo z.B. die Verwandtschaft des Kindes mit den väterlichen Agnaten viel enger ist als mit seinen mütterlichen Verwandten. Ferner verweist König auf die "künstliche" Verwandtschaft, die sich, was die Festigkeit des Zusammenhanges betrifft, in nichts von der "natürlichen Verwandtschaft" unterscheidet. Hierzu gehören neben der Adoption alle Arten der "Milchverwandtschaft", der Verbrüderungen und Verschwesterungen, bei denen gelegentlich selbst die Zeugen ein Verwandtschaftsverhältnis miteinander eingehen (etwa auf dem Balkan). Ferner führt König die "geistige Verwandtschaft" an, die nach dem katholischen Eherecht zwischen dem Firmling und dem Firmpaten, zwischen dem Taufkind und dem Taufpaten besteht und deren Verheiratung ausschließt, als handle es sich um Nahverwandte.

595) Hassenstein, ZVW 1974, 15.

596) Morel, in: FK Sozialer Wandel, S. 268.

597) Hierzu Despert, Children of divorce, S. 253: "There is a widely told story of the old lady who was asked by her host at dinner whether she preferred the white meat of the chicken or the dark, and who replied that she did not know, since she had never tasted the white meat. When she was a child the parents got the white, and when she was a grownup the children got the white."

Gesellschaft verhaftet sind. Wie Kritiker der Gesellschaft richtig feststellen, wird die Verehrung den Alten entzogen und auf das Kind übertragen, weil es erstens durch sein Dasein auf die phantastischen Möglichkeiten der Zukunft verweist, und zweitens in einer weitgehend mechanisierten und kontrollierten Gesellschaft die natürliche Spontaneität verkörpert: auch die des Käufers und Konsumenten, der angezogen von der Pracht all der schönen Dinge, "zugreifen und haben" will. Auch das ist zweifellos ein Grund, daß das Kind die "heilige Kuh" der Wohlstandsgesellschaft geworden ist⁵⁹⁸⁾. Im Recht selbst kommt diese Tatsache zwar bisher noch nicht in vollem Umfange zum Ausdruck, in der rechtspolitischen Diskussion jedoch sichert die Berufung auf das Wohl des Kindes, wie Gernhuber richtig feststellt, "jedem emotional vorgetragenen Tadel, jeder emotional erhobenen Anklage fast mit Gewißheit Beachtung und Gefolgschaft in einer breiteren Öffentlichkeit"⁵⁹⁹⁾.

3. Ursachen des Ranggewinnes der sozialen Elternschaft

Die sozialen und geistigen Voraussetzungen, die erklären, warum die personale Verbundenheit zum primären Wert des Eltern-Kind-Verhältnisses im heutigen gesellschaftlichen Wertesystem werden konnte, sind hiermit dargelegt. Die weitere Frage soll sein, warum die soziale Elternschaft zum nächst höheren Wert in der Wertehierarchie geworden ist und in der Lage war, die genetische Elternschaft auf einen nachrangigen Platz zu verweisen. Da viele Gründe, die die emotionale Elternschaft begünstigen, auch die soziale Elternschaft emporgehoben haben, sollen im folgenden nur noch die Ursachen genannt werden, die speziell oder doch ganz vorwiegend für den Erfolg der sozialen Elternschaft auf der Rangskala der Werte verantwortlich sind. Diese Erörterung wird auch helfen, Kritiker der sozialen Elternschaft besser zu verstehen.

Die grundsätzliche Antwort sei vorweg gegeben: der Aufstieg der sozialen Elternschaft ist wesentlich darauf zurückzuführen, daß es Gedanken der außerfamilialen ökonomischen Welt gelungen ist,

598) Vorgrimler-Gucht-Domenach, Bilanz der Theologie, S. 58.

599) Gernhuber, FamRZ 1973, 244.

in die Sphäre der Familie einzudringen. Mit der These, daß Eltern diejenigen sind, die in bezug auf das Kind etwas vollbringen, manifestiert sich in gewissem Umfang die Leistungsgesellschaft auch in der Familie. Das ist nicht überraschend, ist doch die Tatsache an sich lange bekannt, "daß Verfahrensweisen, Methoden, Kriterien und Präferenzen des ökonomischen Bereichs sich tendenziell auf alle übrigen Teile der Gesellschaft ausdehnen"⁶⁰⁰). An Beispielen, die die Richtigkeit dieser Feststellung erweisen können, fehlt es nicht. Man denke nur an den Sport, der sich ersichtlich aus der schlichten Körpererertüchtigung früherer Jahrzehnte zum heutigen Leistungssport in all seinen Ausprägungen entwickelt hat. Im Bereich der Familie zeigt sich das ökonomische Denken zunächst negativ am bekannten Vorgang des Funktionsverlustes der Familie. In diesem Verlauf hat die Familie Stück für Stück Aufgaben verloren, die allesamt auf gesellschaftliche Einrichtungen übergegangen sind. Dies erklärt sich daraus, daß die Gesellschaft die Aufgaben effektiver wahrnehmen kann, z.B. die Produktion von Gütern⁶⁰¹), die Krankheitsfürsorge und die Alterssicherung für die Familienmitglieder und die allgemeine und spezielle Ausbildung des Nachwuchses. Aber es wurden nicht nur im Laufe der Zeit Familienfunktionen an Staat und Gesellschaft abgegeben; in bezug auf die Obliegenheiten, die ihr verblieben sind, werden in zunehmendem Maße gesellschaftliche Erwartungen an die Familie herangetragen, die sich auf die Sorge um die Persönlichkeitsentwicklung der Kinder gründen⁶⁰²). Insoweit gerät die Familie weiter unter gesellschaftlichen Druck. Von den Eltern wird Effektivität im Interesse der Kinder wie der Gesamtgesellschaft verlangt. Auf dem Effektivitätsgedanken beruht auch die soziale Elternschaft: Eltern werden zu solchen durch die Übernahme der Pflege und Erziehung ihres Kindes, die so beschaffen sein muß, daß der "erste Aufbau der sozial-kulturellen Persönlichkeit des Kindes" gelingt.

600) Hagen, ZRP 1974, 287. Siehe bereits eingehend A. Gehlen, Die Seele im technischen Zeitalter, S. 27 f.

601) Das Aufkommen der Fabriken verstärkte mit der Trennung von Wohnung und Arbeitsstätte die Stellung der Mutter: In der Familie ist der Vater nur noch nach der Arbeit zu sehen und zu "erleben", wodurch die Mutter gegenüber den Kindern eine stärkere Autorität gewann, was mit einem Autoritätsverlust des Vaters einherging (siehe Vente, Technologische Entwicklungen, S. 152).

602) Baumert, in: Jugend in der modernen Gesellschaft, S. 315.

Zur Abhängigkeit der sozialen Elternschaft vom ökonomischen Denken können zwar keine Einzelerkenntnisse angeführt werden, doch sollen zwei Autoren zu Wort kommen, deren Ausführungen insgesamt belegen, inwieweit familiäre Institutionen von ökonomischen Gedanken durchdrungen sind. So meint Horkheimer in bezug auf die Ehe, daß diese in vielen sozialen Gruppen durch das Institut der Scheidung praktisch wieder abgeschafft sei: "Die Individuen sind in der Ehe ebenso austauschbar geworden wie in wirtschaftlichen Beziehungen"⁶⁰³). Auch Farber verweist darauf, daß ökonomische Kriterien angelegt werden, wenn die Familie bewertet werde auf der Basis der Entwicklung ihrer Mitglieder als "menschliche Ressourcen": "Eine bestimmte Ehe wird in dem Maße als erfolgreich angesehen, wie die Ehepartner und ihre Kinder als emotional und produktiv kompetent eingeschätzt werden. Falls eine Ehe die persönliche Entwicklung der Eltern oder der Kinder nicht maximiert, ist das verheiratete Ehepaar frei (und möglicherweise motiviert), eine produktivere Ehe zu schaffen ... Ehen ohne "Profit", die bankrott sind, können beendet werden, und solche mit "Profit" können neu geschaffen werden"⁶⁰⁴). Farber versucht außerdem, zu zeigen, wie sehr die Adoptionsgesetze industrieller Staaten mit der ökonomischen Wirklichkeit verbunden sind: "Moderne Industrieunternehmungen machen Gebrauch von Investmentkapital, ohne den Investoren irgendwelche speziellen Entscheidungsrechte oder Pflichten zu geben. Bei Adoption ... erhalten die adoptierenden Familien die alleinigen Verwaltungsrechte über das adoptierte Kind, ohne daß der natürlichen Familie, die das Adoptivkind hervorbrachte, irgendwelche restlichen Rechte auf das Kind verbleiben würden"⁶⁰⁵).

Es sei hier dahingestellt, ob man den Vergleich zwischen familialen und ökonomischen Institutionen tatsächlich so weit treiben kann, wie im letztangeführten Zitat geschehen, in dem vielleicht doch zu spezielle Gegebenheiten zum Ausgangspunkt des Vergleiches gewählt wurden. Generell besehen, könnten durchaus aber gleiche Gedanken in den Adoptions- und Aktiengesetzen zu finden sein.

603) Horkheimer, Autorität und Familie, S. 84.

604) Farber, Affinität und Abstammung, S. 116.

605) Farber, a.a.O., S. 115.

Zwar sind sie dann sicher nicht bewußt und geplant⁶⁰⁶⁾ von einem Rechtsgebiet auf das andere übertragen worden, aber doch über den "Geist der Zeit" in beide Gesetze hineingekommen. Die heutige Zeit läßt den Blick eben - ganz allgemein gesprochen - von der Struktur (Materie) zur Funktion (Lebensäußerung) wandern. Dies läßt sich auch in der Biologie und der Betriebswirtschaftslehre belegen: Gestalt und Lebensäußerung sind die beiden Aspekte biologischen "Lebens". Daß ein Organismus lebt, ist an seiner Funktion ersichtlich: am Stoffwechsel, an der Atmung, der Verdauung usw. Aber die Funktionen laufen nicht ohne materielle Basis: sie sind an Organismen, im einfachsten Fall an die Zelle (Zellstruktur) gebunden, wie sie sich darstellt mit Zellwand, Protoplasma, Zellkern usw. Daß die Funktionsanalyse in der Jetztzeit so weit vorangetrieben werden konnte, sei angesichts unseres "funktionalistischen Zeitalters" kein Zufall, meint Bogen mit Recht⁶⁰⁷⁾. Und in der Betriebswirtschaftslehre ist folgendes zu beobachten: In dieser Wissenschaft herrschte früher in bezug auf die kaufmännische Bilanz die sog. statische Bilanztheorie: die Bilanz hat die Aufgabe, das Vermögen des Kaufmanns auszuweisen. Die Bilanz wurde vornehmlich als Vermögensbilanz angesehen. Inzwischen hingegen ist die sog. dynamische Bilanztheorie herrschend geworden: es ist Aufgabe der Bilanz, den Erfolg einer Periode auszuweisen. Die Bilanz ist wesentlich eine Erfolgsbilanz. Auf der statischen Bilanzauffassung fußte etwa das Aktiengesetz von 1938, während im Aktiengesetz von 1965 bereits die dynamische Bilanztheorie zum Ausdruck gekommen ist⁶⁰⁸⁾. Man geht sicher nicht fehl in der Annahme, daß der Wandel von der genetischen zur sozialen Elternschaft im Familienrecht prinzipiell die gleiche Erscheinung repräsentiert.

Es sei noch darauf hingewiesen, daß mit dem geschilderten Gegensatz von Struktur und Funktion ein "ewiger" Konflikt angesprochen

606) Trillhaas, Ethik, S. 299 weist zum Vorgang der Ablösung der Familie durch den Staat darauf hin, daß man sich diese Entwicklung nicht zu "platonisch", d.h. nicht zu ideologisch geplant vorstellen solle. Auch ungeachtet entsprechender Philosophien desorganisieren schon die Heranziehung beider Eltern in den Arbeitsprozeß und die damit verbundene Lähmung der Elternfunktionen die Familie.

607) Bogen, Moderne Biologie, S. 16.

608) Siehe z.B. Wöhe, Bilanzierung und Bilanzpolitik, S. 40.

ist. So gab man bereits in der griechischen Philosophie⁶⁰⁹⁾ auf die Frage: Was ist dieser Schreibtisch? die Antworten: a) Holz b) ein Gegenstand, auf den man Bücher und Papiere legen kann. Beide Antworten widersprechen sich nicht, genausowenig, wie sich die genetische und soziale Elternschaft gegenseitig ausschließen. Lediglich in bestimmten Situationen muß man sich entscheiden, welcher Antwort man den Vorzug gibt. Dann lautet die Frage, ob es richtiger ist, die Dinge mit Bezug auf den Stoff, aus dem sie gemacht sind, zu definieren, oder ob es besser ist, das Wesentliche einer Sache in ihrem Zweck oder ihrer Funktion zu sehen. So war Plato etwa der Meinung, die Struktur sei der Funktion untergeordnet und von ihr abhängig. Ein Schreibtisch habe die bekannte Form wegen der Aufgabe, die er zu erfüllen habe⁶¹⁰⁾. Wie ersichtlich ist, läßt Platos Antwort auf diese Frage seine bekannte Ansicht zur gesellschaftlichen Erziehung der Kinder als folgerichtig erscheinen.

609) Hierzu Guthrie, Die griechischen Philosophen, S. 18.

610) Guthrie, a.a.O., S. 16 führt es auf das Temperament des einzelnen zurück, welcher Antwort er den Vorzug gibt. Damit sind jedoch zu sehr die individuellen Gegebenheiten im einzelnen Menschen betont. Die Antwort hängt wesentlich auch vom Geist der Zeit ab, der seinerseits stark - wenngleich nicht ausschließlich - von den sozialen Verhältnissen bedingt ist. So sind sicher von den zu seiner Zeit herrschenden gesellschaftlichen Gegebenheiten Beziehungen zu Platos Auffassung zu knüpfen.- Solche Beziehungen lassen sich oft verfolgen, nicht nur allgemein im Hinblick auf bestimmte Wissenschaften wie hier etwa in bezug auf Biologie, Betriebswirtschaftslehre und Familienrecht, sondern auch konkret bis hin zu den Ergebnissen einzelner wissenschaftlicher Denker. So schreibt Christopher Caudwell, zitiert nach Tomberg, Bürgerliche Wissenschaft, S. 132: "Wir können jetzt verstehen, wie es dazu kam, daß die Welt Newtons eine so verblüffende Ähnlichkeit mit der bürgerlichen Gesellschaft, wie sie sich dem Bourgeois darbietet, aufweist. Sie ist atomistischer Natur. Sie setzt sich aus Individuen zusammen, die sich lediglich auf ihren selbstgewählten geradlinigen Bahnen fortbewegen und dabei doch das tun, was der jedem einzelnen immanente Zwang zu tun erforderlich macht. Jedes Teilchen bewegt sich spontan, aus eigenem Antrieb und entspricht so dem "freien" bürgerlichen Produzenten, der es zu sein glaubt".

VII. Diskussion der Kritik

Sind somit die Werte, die das heutige Eltern-Kind-Verhältnis beherrschen, und die Ursachen, die zum Platzwechsel in der Rangordnung der Werte geführt haben, im wesentlichen genannt, so ist nunmehr noch die Frage zu erörtern, warum in der juristischen Literatur neben Wuppermann auch andere Beobachter wie z.B. G. Zenz und J. Gernhuber lediglich die Werte genetische und soziale Elternschaft wahrgenommen haben, nicht jedoch den Wert der emotionalen Elternschaft.

Soweit es die Ausführungen von Gisela Zenz anbetrifft, ist dies allerdings noch zwanglos begründbar. Sie will lediglich die Spannweite der Auffassungen zur Frage, wer Träger des Elternrechts sein soll, angeben, wenn sie schreibt, daß "im Spektrum der möglichen und bereits gegebenen Antworten an dem einen Ende die Überzeugung (steht), daß das Elternrecht, aus natürlicher Verwandtschaft erwachsen, nur den leiblichen Eltern zukommen könne. ... Am anderen Ende des Spektrums steht der Versuch, mit der Konzeption der psychologischen und sozialen Elternschaft von der realen Bedeutung der Eltern für die kindliche, vor allem frühkindliche Entwicklung auszugehen"⁶¹¹).

611) G. Zenz, AcP 1973, 539. G. Zenz verbindet - im Anschluß an Gernhuber, FamRZ 1973, 235 f. - mit der sozialen Elternschaft die von Verfasser in der FamRZ 1972, 485 f. geäußerte Auffassung, mit der psychologischen Elternschaft die Ansicht von Lempp, NJW 1972, 316; Metzger, ZBlJugR 1972, 42. Dabei sieht G. Zenz - ebenfalls im Verein mit Gernhuber, a.a.O. - die soziale Elternschaft und die psychologische Elternschaft als weitgehend inhaltsgleich an, was im Prinzip richtig ist. Doch ist zu beachten, daß sowohl der psychologische Elternbegriff als auch die soziale Elternschaft (im gerade genannten Sinne) einheitlich die beiden Werte umgreifen, die in dieser Arbeit mit soziale und emotionale Elternschaft bezeichnet wurden. Diese Aufspaltung des von G. Zenz geschilderten einheitlichen Wertes (soziale bzw. psychologische Elternschaft) in die beiden Werte soziale und emotionale Elternschaft ist notwendig, was besonders die Situation beim Umgangsrecht zeigt: die soziale Elternstellung des Berechtigten ist zu Ende, die emotionale Elternstellung steht fort. Daß die genetische Elternschaft von den anderen Werten geschieden werden muß, zeigt das Vorhandensein von Adoptiveltern. Es sei nochmals erwähnt, daß im Regelfall alle drei Werte der Elternschaft (genetische-soziale-emotionale Elternschaft) zusammenfallen: die theoretische Analyse muß jedoch trennen.- G. Zenz erwähnt neben dem Wert der genetischen Elternschaft ersichtlich nur den Wert, der in dieser Arbeit unter dem Begriff der sozialen Elternschaft erfaßt wurde: die Betreuung des Kindes.

Doch selbst, wenn wir die Intention der Verfasserin, nur die grundsätzlichen Positionen aufzuzeigen, berücksichtigen, treffen ihre Darlegungen nicht den Kern des Problems. Sie verfehlt den richtigen Ansatz, wenn sie die soziale Elternschaft mit der emotionalen gleichsetzt, also im Spektrum nur zwei Werte sieht, obwohl deren drei vorhanden sind. Die beiden begrenzenden Werte genetische und soziale Elternschaft lassen den Schluß auf den primären Wert nicht zu: nämlich daß sich Eltern dadurch auszeichnen, daß sie dem Kinde persönlich verbunden sind. Nach ihren Darlegungen müßte man im "Zentrum des Spektrums" wohl ein ausgewogenes Verhältnis von genetischer und sozialer Elternschaft vermuten?

Im Gegensatz zur eben genannten Autorin bezweckt Gernhuber, das Problem grundsätzlich anzugehen. Auch Gernhuber sieht indessen nur die Gegensätze genetische und soziale Elternschaft⁶¹²⁾. Auch er vernachlässigt die Analyse der Gegenwart, die drei Werte kennt, indem er die persönliche Verbundenheit teils mit der sozialen Elternschaft, teils mit der genetischen Elternschaft gleichsetzt. Die Gründe Gernhubers, von einer Analyse der Gegenwart abzusehen, liegen wesentlich darin beschlossen, daß er die Aufgabe seiner Erörterung nicht so sehr - wenngleich auch - in einer theoretischen Durchforstung des Jetzt und Heute sieht, als vielmehr darin, vor dem Weg in eine totalitäre Zukunft zu warnen⁶¹³⁾, in der der Wert der sozialen Elternschaft zum alleinherrschenden geworden ist. Ferner ist es Gernhubers Absicht, seine Auffassung von Entwicklungen abzugrenzen, die er zwar selbst mit eingeleitet hat, in ihren Auswirkungen aber nicht befürworten kann.

Beginnen wir mit dem letztgenannten Punkt. Inwiefern erscheint es berechtigt, Gernhuber als einen Vorläufer "gefährlicher" Ansichten vom Eltern-Kind-Verhältnis anzusehen? Hierzu muß man sich erinnern, daß er schon vor einiger Zeit die Forderung erhoben hat, die elter-

612) Vgl. Gernhuber, FamRZ 1973, 236.

613) Auch wer den Darlegungen Gernhubers nicht zu folgen vermag, wird doch die prinzipielle Berechtigung einer Warnung nicht bestreiten können. Es gehört zur vornehmsten Aufgabe des Juristen, vor Gefährdungen der Freiheit des individuellen Lebens durch eine immer mächtiger werdende Gesellschaft zu warnen. Vgl. hierzu Radbruch, Der Geist des englischen Rechts, S. 49.

liche Sorge von allen eigennützigen Bestandteilen zu säubern und sie rein fremdnützig, d.h. allein den Kindesinteressen dienend, zu denken⁶¹⁴⁾. Hier wird ersichtlich die elterliche Sorge funktional betrachtet. Eltern sind nurmehr das Mittel, das Beste ihrer Kinder zu befördern. Diese Auffassung ist theoretisch prinzipiell anerkannt⁶¹⁵⁾. Gernhuber fürchtet nun um die Folgen seiner Ansicht, wenn - wie er annimmt - nun nicht mehr nur das den blutmäßigen Eltern zweifelsfrei zustehende Elternrecht funktional gedacht wird, sondern die Eltern selbst nach funktionalen Kriterien bestimmt (ausgesucht) werden.

Diese Entwicklung entspricht nicht der Intention Gernhubers. Gernhuber war schon immer der Auffassung, daß sich die Hinwendung zur funktional gedachten elterlichen Sorge "in einer Neuorientierung der Familie zu einer von staatlichen Einflüssen weitgehend freien Intimgruppe" zu vollziehen habe⁶¹⁶⁾. In der neuen Bestrebung sieht er aber nun Ansätze, die das Eindringen des Staates in die Familie begünstigen, weil nun nicht mehr Zeugung und Geburt, sondern Staat und Gesellschaft bestimmen, wer Eltern sind.

Wegen seiner Befürchtungen versucht Gernhuber neuerdings, die eigene funktionalistische Haltung abzuschwächen. Er fordert nunmehr gegenüber weitergehenden Auffassungen, die genetische Elternschaft nicht rein funktional zu denken⁶¹⁷⁾. Auch gibt er zu, daß "§ 1634" - immerhin der Restbestandteil der nach Gernhuber rein den Kindesinteressen dienenden elterlichen Sorge - "nicht allein dem Kind zugekehrt ist"⁶¹⁸⁾. Damit stellt sich Gernhuber in Gegensatz zu Forderungen, die zu Recht aus seiner Auffassung herge-

614) Gernhuber, FamRZ 1962, 90.

615) Siehe aber die fundierte Kritik von Quambusch, Die Persönlichkeit des Kindes, S. 44 f.

616) Vgl. Gernhuber, FamRZ 1962, 90.

617) Gernhuber, FamRZ 1973, 238: "Elternschaft ist in hohem Maße der Belastung fähig, als genetische Elternschaft jedenfalls; grenzenlos belastbar ist aber auch sie nicht. Niemand fordert einen Interessenausgleich zwischen Eltern und Kindern, in dem sorgfältig Aufwand und Ertrag saldiert werden. Aber niemand sollte auch genetische Elternschaft rein instrumental denken und deshalb bereit sein, ihr alles zu nehmen, wenn sie einem instrumentalsten Denken als Ärgernis, als störendes Element erscheint."

618) Gernhuber, FamRZ 1973, 242.

leitet werden: "Darüberhinaus kann eine ernsthafte Auseinandersetzung mit den Thesen Gernhubers, daß "die elterliche Gewalt von allen eigennützigen Komponenten gereinigt" (werden) und die Eltern zu "Sachwaltern ihres Kindes" werden müssen, die "Rechte nur haben, um ihren Pflichten entsprechen zu können", auch nicht ohne Folgen für die Regelung des Verkehrsrechts bleiben, daß in der Begründung - wie vielfach in der Rechtsprechung - primär aus einem "natürlichen Interesse" des nichtsorgeberechtigten Elternteils begründet wird"⁶¹⁹⁾.

Unabhängig von der Frage, ob es richtig ist, auch das Umgangsrecht funktional zu gestalten, ist zu bemerken, daß in den Grenzbereichen des Elternrechts, d.h. dort, wo - wie beim Umgangsrecht - Eltern schwer getroffen sein können, "Uneigennützigkeit" und "Funktionalität" keinen wesentlichen Rang einnehmen können. Anders ausgedrückt: nicht die soziale Elternschaft, sondern die persönliche Verbundenheit ist der oberste Wert. So hat der abwesende Elternteil kein Umgangsrecht, weil er hiermit dem eigenen Nutzen oder dem Kindeswohl dienen soll, sondern er hat das Umgangsrecht deshalb, weil er und das Kind eng aneinander gebunden sind. Die Frage, die allerdings noch für die Zukunft zu entscheiden ist, ist, ob man im wesentlichen die einseitige Bindung des Elternteils an das Kind ausreichend sein läßt, oder ob man eine gegenseitige Bindung von Elternteil und Kind fordert. Aber auch wenn man, wie der Verfasser, eine Entwicklung in die letztgenannte Richtung hin befürwortet, hat das mit funktionalem Denken nichts zu tun. Zwar dient das Erfordernis der gegenseitigen Bindung in der Regel auch dem Wohl des Kindes, so daß man meinen könnte, hier sei eine Spielart des funktionalen Denkens am Werk. Daß das jedoch nicht der Fall ist, ist schon daran ersichtlich, daß niemand wirklich weiß, ob eine Begegnung des Kindes mit dem Elternteil dem Kindeswohle wirklich dient, selbst wenn eine gegenseitige Verbundenheit besteht. Hin und wieder - und vielleicht sogar oft - wäre es objektiv für das Kindeswohl besser, wenn es den abwesenden Elternteil, selbst wenn es ihm in Liebe zugetan ist, nicht sähe, etwa damit die Erziehungskontinuität gewahrt bleibt, es nicht unzuträglich verwöhnt wird, keine neuerliche Rivalität zwischen den

⁶¹⁹⁾ Zenz, AcP 1973, 540.

Eltern entsteht u.a.m. Hier aber gilt: wenn eine gegenseitige Verbundenheit zwischen Elternteil und Kind besteht, haben weder Staat noch Gesellschaft ein Recht, danach zu fragen, ob das Umgangsrecht auch wirklich dem Wohle des Kindes dient. Staat und Gesellschaft haben nur die Gefährdung des Kindes abzuwehren, die auch bei einer gegenseitigen Bindung möglich sein kann. Selbst wenn also die Forderung erhoben wird, von der einseitigen zur gegenseitigen Bindung fortzuschreiten, besteht keine Gefahr, in den Bereich des funktionalen Denkens zu geraten.

So irrt denn auch Gernhuber, wenn er meint, die neuerliche Kritik an der genetischen Elternschaft sei gegründet auf die "Bereitschaft vieler zu einem zunehmend radikalen Denken im Kindschaftsrecht, das im Wohle des Kindes sein Zentrum findet, das alles in sich aufnimmt und alles aus sich entläßt"⁶²⁰). Zumindest soweit es die hier vertretene Auffassung anbetrifft, ist Gernhubers Vermutung unrichtig. Sicher berücksichtigen auch wir, daß sich die eingenommene Haltung im allgemeinen vorteilhafter auf das Kind auswirken wird als die Auffassung der herrschenden Meinung. Doch ist die hiesige Auffassung damit nicht ausschließlich vom Kindeswohl bestimmt, sondern auch - und vielleicht sogar überwiegend - von bestimmten Vorstellungen über das "rechte" Eltern-Kind-Verhältnis: etwa daß die persönliche Verbundenheit eher das richtige Kriterium eines staatsfrei gedachten Eltern-Kind-Verhältnisses ist als die Blutsbeziehung, dies - wie gesagt - unabhängig davon, ob die persönliche Bindung an einen Elternteil dem Wohle des Kindes dient.

Und allein von der hiesigen Basis aus ist zu sagen, warum "Pflegeeltern heute vielfach der Sympathie sicher (sind), wenn die genetischen Eltern ihr Kind fordern"⁶²¹). Hinter dieser Volksanschauung steht nicht nur - und noch nicht einmal vornehmlich - der Gedanke an das Wohl des Kindes, wie Gernhuber annimmt. Auch hier wirken vielmehr bestimmte Vorstellungen vom rechten Eltern-Kind-Verhältnis: etwa die, daß man Personen, die sich dauerhaft um das Kind gekümmert haben (so die gefühlsmäßige Vorstellung von Pflegeeltern), ein bleibendes Recht auf das Kind gegenüber den blut-

620) Gernhuber, FamRZ 1973, 235.

621) Gernhuber, FamRZ 1973, 238.

mäßigen Eltern zubilligen muß, die das Kind im Stich gelassen haben (so die Vorstellung von den betroffenen genetischen Eltern). Dabei ist hier nicht zu entscheiden, ob und inwieweit diese stereotypen Vorstellungen richtig sind: wichtig ist allein, daß diese Anschauungen nicht nur - und nicht überwiegend - vom Wohle des Kindes bestimmt werden⁶²²). Es ist der gleiche Grund, der dafür verantwortlich ist, warum in Brechts Stück "Der kaukasische Kreidekreis" die Magd Grusche die Sympathie der Zuschauer genießt⁶²³). Sie hat das Kind der Gouverneursfrau aus der Gefahr gerettet, aufgenommen und versorgt, während diese es vergessen hat, als sie sich in Sicherheit brachte. Sie fordert das Kind erst jetzt zurück, nachdem die Gefahr abgeklungen ist. Die Neigung der Zuschauer hat nur mittelbar etwas mit dem Wohle des Kindes zu tun, unmittelbar aber etwas mit einer bestimmten ethischen Vorstellung von dem, was Eltern sind: Eltern sind solche Personen, die sich um das Kind verdient machen und damit zeigen, daß sie dem Kind als Eltern verbunden sind. Ferner findet Berücksichtigung, daß sich das Kind auch seinerseits an sie gebunden hat. Das Problem der Elternschaft korreliert zwar mit dem Kindeswohl, hängt jedoch nicht direkt damit zusammen, was sich im Kaukasischen Kreidekreis etwa daran zeigt, daß es - sieht man von der emotionalen Bindung des Kindes an die Magd Grusche ab - überhaupt nicht sicher ist, wo dem Kind die besseren Chancen für sein späteres Leben geboten werden: bei seiner leiblichen adligen Mutter oder bei der Magd Grusche.

Auch die von Gernhuber gezeichnete Zukunftsvision aus dem Problemkreis "Pflegeeltern - leibliche Eltern" ist aus unserer Sicht

622) Auf der Grundlage der hier vertretenen Auffassung ist daher auch etwa ein Vorschlag, wie er in § 1747 Abs. 3 des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Änderung von Vorschriften des Adoptionsrechts vom 26.6.1972 zum Ausdruck gekommen ist - Ersetzung der Einwilligung der leiblichen Eltern in die Adoption auch bei besonders schweren körperlichen Gebrechen der Eltern -, nicht denkbar. Dieser Vorschlag ist Ausdruck einer funktionalen oder konzeptionslosen Betrachtung: er ist ohne Beziehung zum heute obersten Wert des Eltern-Kind-Verhältnisses, der engen persönlichen Verbundenheit. Zu Recht hat daher der Vorschlag in das Gesetz keinen Einlaß gefunden.

623) Auszüge aus dem Kaukasischen Kreidekreis finden sich bei Wiethölter, Rechtswissenschaft, S. 12 f., der an diesen Fall allgemeine Betrachtungen zum Wesen des Rechts knüpft.

zurückzuweisen: "Von der Bereitschaft, bestehende Zustände zugunsten des sozial und geistig besser Gerüsteten zu konservieren", so schreibt Gernhuber nämlich, "bis zur Bereitschaft, Kinder von Staats wegen umzusetzen, wenn sie in der Umgebung, in die sie hineingegeben wurden, nicht jene Förderung erfahren, die sie andernorts erfahren könnten, ist ein so weiter Schritt nicht"⁶²⁴). Nur auf der Grundlage einer funktional gedachten Elternschaft ist der Schritt nicht prinzipiell, auf der Basis der emotionalen Elternschaft ist er grundsätzlicher Natur. Denn von hier aus gesehen kann sich überhaupt nicht die Frage stellen, wo das Kind besser gefördert wird, es geht nur darum, wo eine Eltern-Kind-Beziehung entstanden ist. Unterschichteltern werden, soweit sie sich um das Kind kümmern, so daß es bei ihnen verwurzeln kann, keinesfalls der Chancengleichheit beraubt.

Ferner ist darauf hinzuweisen, daß die hier vertretene Ansicht in gewissem Umfange sogar die geistige Rechtfertigung dafür bildet, den Staatseingriff in die Familie in Grenzen zu halten, da sie mit dem Begriff der "inneren Bindung" verbunden ist, der der gesellschaftlichen Einflußnahme nicht so sehr zugänglich ist, und nicht mit dem weitgehend beliebig interpretierbaren Begriff des "Kindeswohles". Wenn der Richter als Repräsentant des Staates die persönliche Bindung als obersten Wert beachtet, ist er der Gefahr weniger ausgesetzt als bisher, die Kinder aus Gründen des Kindeswohles ihren Eltern wegzunehmen, solange noch andere Möglichkeiten bestehen, die Kinder vor Gefährdungen zu bewahren. Der Richter sieht, wie die Erfahrung beweist, bei der Beurteilung des Kindeswohles eher die Gefahren, die aus einem Verbleiben des Kindes in einem unzulänglichen Elternhaus resultieren, als diejenigen, die bei einer Wegnahme des Kindes von den Eltern bestehen⁶²⁵). Das Trennungstrauma des Kindes, die Instabilität möglicher Pflegestellen bzw. die vom Kind als lieblos empfundene Heimgatmosphäre, die seelische Zerrissenheit des Kindes durch Bindung an widerstreitende Elternpaare (Pflegeeltern und leibliche Eltern) sind Gegebenheiten, die häufig nicht genügend berücksichtigt werden. Unbeachtet bleiben aber auch oft die Auswirkungen

624) Gernhuber, FamRZ 1973, 238.

625) Siehe Mnookin, FamRZ 1975, 4.

der Verwurmen des Kindes auf die Eltern, denen vielleicht das Kind lebenslangt gewesen sein mag, mögen sie auch nach den gesellschaftlichen Maßstäben der Mittelschicht nicht als erwünschte und geeignete Eltern betrachtet werden können. Ohne die gebührende Berücksichtigung der persönlichen Bindung von Elternteil und Kind magt die Gefahr weiter nahe, daß eher das unsittliche Verhalten der Eltern (z.B. häufige Männerbesuche bei der Mutter) oder andere das Kind erregende Umstände (z.B. eine verwahrloste Wohnung) die Grundlage der Trennung des Kindes von den Eltern bildet als wirklich die Gefährdung des Kindes. So wird aus den Vereinigten Staaten berichtet, daß Kinder in Pflegestellen gegeben wurden, weil das Elternhaus schmutzig war, obwohl ein Hausreinigungsdiener die Situation mit weniger Kosten für den Staat verbessert hätte, daß Kinder ihren Eltern weggenommen wurden, weil sie unterernährt waren, ohne daß vorher versucht worden war, den Eltern die Kinderernährungsbedürfnisse der Kinder beizubringen⁶²⁶⁾. Dem Bericht zufolge glauben viele Experten sogar, daß selbst in Fällen des Kindesmißbrauchs die Kinder häufig zuhause bleiben könnten, wenn die Eltern eine angemessene Behandlung und Unterstützung erhielten. Auf der Basis der hier vertretenen Meinung muß das ersichtlich die erste Forderung sein. Die Kinder sind wegen ihrer inneren Bindung an die Eltern bei diesen zu belassen, solange nicht tatsächliche unmittelbare Gefahren für das Kindeswohl drohen, die auf andere Weise nicht zu beheben sind.

Freilich wird es immer Fälle geben, in denen es unumgänglich ist, die Kinder von den Eltern fortzunehmen. Hier beginnt dann ersichtlich die Aufgabe des Umgangsrechts: das Umgangsrecht hat die Eltern-Kind-Beziehung trotz der notwendig gewordenen Trennung so gut wie möglich aufrechtzuerhalten⁶²⁷⁾. Da eine Adoption nicht in Frage kommt, solange noch eine Bindung der Eltern an das Kind besteht, verbietet es sich im allgemeinen, dem Kind neue Eltern zuzuführen, um nicht die Konfliktsmöglichkeiten für Kind wie für Eltern zu erhöhen.

⁶²⁶⁾ Mnookin, FamRZ 1975, 6.

⁶²⁷⁾ Auch U. Lange, BB 1974, 271, betont die Notwendigkeit, bei einer Fremdunterbringung des Kindes den Kontakt des Kindes zu seinen Eltern so intensiv zu pflegen, daß eine tragfähige Eltern-Kind-Beziehung erhalten bleibt.

VIII. Rechtspolitische Folgerungen aus dem Wandel des Wertsystems

Abschließend soll versucht werden, die rechtspolitische Folgerung aus dem aufgezeigten Wandel des Wertsystems und aus der Betrachtung der Gründe, die zur Änderung geführt haben, zu ziehen.

Ausgangspunkt der Überlegungen ist die Tatsache, daß der Aufstieg der sozialen Elternschaft wesentlich durch das Vordringen des ökonomischen und technologischen Gedankenguts in die Gesellschaft begünstigt wurde. Die soziale Elternschaft ist die Einbruchsstelle des herrschenden funktionalen Denkens in das Eltern-Kind-Verhältnis. Die Möglichkeit ist naheliegend, daß sich dieses Denken wegen der ihm innewohnenden Dynamik und der Erfolge, die es in der Außenwelt aufzuweisen hat, weiter auf die Familie ausdehnen wird, zumal da die Gesellschaft heute ihre Verantwortung für die kommende Generation erkannt hat. Allerdings wird bisher noch weitgehend akzeptiert, daß in der Familie die Uhren anders laufen als in der Gesellschaft, daß in der Familie Emotionalität vor Funktionalität rangiert. Noch wird also die Familie in weitem Umfang als gesellschaftliche Enklave begriffen, trotz ihrer Aufgabe, die Kinder für das Leben in der Gesellschaft vorzubereiten. Aus diesem Grunde rangiert der Wert der emotionalen Elternschaft gegenwärtig noch vor dem Wert der sozialen Elternschaft.

Das familiäre Wertsystem ist allerdings nicht festgeschrieben. Es wandelt sich mit der sich fortwährend verändernden Gesellschaft wenn auch im allgemeinen mit einer gewissen Phasenverzögerung. Es ist daher wahrscheinlich, daß mit dem weiteren Voranschreiten der technischen Entwicklung, mit der teilweise schon jetzt feststellbaren Tendenz zur Versachlichung auch der persönlichen Beziehungen, die soziale Elternschaft in naher oder ferner Zukunft die Position einnehmen wird, die heute noch die emotionale Elternschaft besetzt hält.

Eine Entwicklung in diese Richtung ist, da sie von mächtigen außerfamiliären Kräften getragen wird, endgültig nicht aufzuhalten. Durch eine Unterstützung des emotionalen Wertes ist allerdings zu verhindern, daß das instrumentale Gedankengut zu rasch und unge-

hemmt in das Eltern-Kind-Verhältnis eindringt. Konkret gesprochen, erhebt sich aus dieser Einsicht die Forderung, dem heute obersten Wert seinen Rang so lange als möglich zu erhalten, auch in der konkreten rechtlichen Entscheidung (etwa beim Umgangsrecht). Es muß erkannt werden, daß es nutzlos ist, den weit unten auf der Wertskala rangierenden Wert der Blutsbeziehung weiter zu unterstützen, weil hiermit die heute wesentliche Aufgabe, die funktionale Elternschaft auf ihr notwendiges Maß zu begrenzen, nicht gefördert werden kann. Damit sollen die Leistungen des Wertes der genetischen Elternschaft in der Vergangenheit nicht gemindert werden; man muß sich nur darüber klar sein, daß in bezug auf die Staatsabwehr die Festigkeit und Unabänderlichkeit des Eltern-Kind-Verhältnisses, für die der Wert der Blutsverwandschaft steht, heute nicht mehr zu erreichen ist, weil die Gesellschaft ihre Verantwortung für das Kind ernst nimmt.

Die gegenwärtige Situation sei durch einen naheliegenden Vergleich aus dem Familienrecht verdeutlicht. Die vollzogene Ehe ist bekanntlich nach dem kanonischen Recht unscheidbar. Diese Auffassung ist von einem weltlichen Gesetzgeber der heutigen Zeit angesichts der veränderten Lebensverhältnisse und der herrschenden Bevölkerungsmentalität nicht mehr zu vertreten, so viele Vorteile auch die durch die Untrennbarkeit gewährleistete dauernde rechtliche Bindung von Mann und Frau ehemals vielleicht gehabt haben mag. Die Auffassung des kanonischen Rechts ist sozial irrelevant geworden. Die These von der Untrennbarkeit kann, weil sie den sozialen und geistigen Gegebenheiten nicht mehr entspricht, die Tradition nicht bewahren, also die Ehe nicht zusammenhalten, sie ist aber auch nicht fähig, die Aufgaben, die aus der veränderten Situation erwachsen, zu bewältigen, weil sie keinen Bezug mehr zur Wirklichkeit hat. Die Lehre von der Unscheidbarkeit gibt nämlich keine Antwort auf die Frage, was zu tun ist, damit die funktionierenden Ehen weiter halten, und was getan werden kann, um die unhaltbaren Ehen in einer möglichst schmerzlosen Weise zu beenden. Taktisch klug ist daher die katholische Kirche bei der Diskussion des Scheidungsrechts von ihrer These abgerückt, damit die Entwicklung nicht ganz außerhalb ihres Einflusses bleibt.

Ähnlich irrelevant wie der Gedanke der Unscheidbarkeit der Ehe ist für das heutige Sozialleben der Gedanke der genetischen Elternschaft, soweit er die Untrennbarkeit der Eltern-Kind-Beziehung bedeutet. Wie in den anderen Lebensbereichen überschreitet auch hier der Mensch die "natürlichen Grenzen", wenn er in der "Natur" keinen Sinn mehr erblickt; wie in den anderen Lebensbereichen gestaltet der Mensch auch im Eltern-Kind-Verhältnis die Wirklichkeit nach seiner Vorstellung⁶²⁸). Weil ihr die Blutsbeziehung nicht mehr als wesentlicher Wert erscheint, ist davon auszugehen, daß die Gesellschaft das biologische Eltern-Kind-Verhältnis löst, wenn ihr dieses nicht (mehr) "gefällt". Einfluß auf die Entwicklung nimmt nur der, der dies akzeptiert, der aber gleichzeitig versucht, dazu beizutragen, daß das "Nicht-gefallen" angemessen definiert wird. Wer dies will, hat sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob das genetische Eltern-Kind-Verhältnis bereits dann gelöst werden soll, wenn die biologischen Eltern nicht mehr soziale Eltern sind, oder ob die Trennung erst dann erfolgen kann, wenn sie nicht mehr emotional die Eltern des von ihnen zur Welt gebrachten Kindes sind. Bei dieser Fragestellung ist es offenbar, daß die Wahl nicht auf den genetischen und nicht auf den sozialen Wert fallen kann, sondern nur auf den emotionalen. Daß es nicht nur in Ausnahmefällen, sondern generell geboten ist, das Recht auf den emotionalen Wert zu stützen, dies exemplarisch am Umgangsrecht zu zeigen, war das Ziel der vorliegenden Untersuchung.

628) Siehe Beck, ZEE 1974, 242: "Institutionen und in der Sozialgeschichte eingependelte Verhaltenssysteme, die man traditionell als "Ordnungen" bezeichnete, muß das kybernetische Denken als prinzipiell veränderbar postulieren. Denn die Sollwerte für Sozialfiguren wie monogame Ehe, Familienverband ... können gerade nicht mehr als "natürlich" und damit naturgesetzlich oder gar naturrechtlich verstanden werden. Menschliches Leben ist auch in anderen Subsystemen mit bedingter Stabilität in der Zeit denkbar und teilweise durchaus wünschbar." Dem ist zuzustimmen.

Literaturverzeichnis

- Albert, Hans, Traktat über kritische Vernunft, 1969
Wertfreiheit als methodisches Prinzip. Zur Frage der Notwendigkeit einer normativen Sozialwissenschaft, in: Topitsch (Hrsg.), Logik der Sozialwissenschaften, 6. Aufl. 1970, S. 188
- Allen, Anne, Children of a broken marriage, Mental Health 1966, 3
- Arnold, Hans-Henning, Art und Umfang der elterlichen Rechte in der Deutschen Demokratischen Republik, zugleich ein Beitrag zur Reform des Rechts der elterlichen Sorge und der Adoption in der Bundesrepublik Deutschland, 1975
- Barth, Karl, Die Kirchliche Dogmatik, 3. Band: Die Lehre von der Schöpfung, 4. Teil, 1951
- Baumert, Gerhard, Deutsche Familien nach dem Kriege, 1954
Einige Beobachtungen zur Wandlung der familialen Stellung des Kindes in Deutschland, in: v. Friedeburg (Hrsg.), Jugend in der modernen Gesellschaft, 1965, S. 309
- Baumgarte, Gisela, Das Elternrecht im Bonner Grundgesetz, Dissertation Köln, 1966
- Bayer, Hermann-Wilfried, Das System des Steuerrechts, BB 1975, 569
- Beck, H.W., Denken und Entscheiden im kybernetischen Modell, ZEE 1974, 225
- Becker, Walter, Der uneheliche Vater im neuen Recht, ZBJugR 1968, 31
Anm. zu LG Hamburg, FamRZ 1971, 587
- Behrendt, Richard F., Heutige gesellschaftliche Entwicklung: Dynamik, Wachstum, Demokratie, Universitas 1973, 347
- Beitzke, Günther, Betrachtungen zum neuen Kindschaftsrecht, FamRZ 1958, 7
Zur rechtlichen Qualifikation der Verlöbnisfolgen, in: Festschrift für Hans G. Ficker, 1967, S. 78
Familienrecht, 16. Aufl. 1972
Familienrecht, 18. Aufl. 1976
Reform des elterlichen Sorgerechts, ZBJugR 1973, 121
- Begemann, Helmut, Strukturwandel der Familie, 1960
- Beling, Ernst, Methodik der Gesetzgebung, insb. der Strafgesetzgebung - Zugleich ein Beitrag zur Würdigung des Strafgesetzbuchentwurfs von 1919, ARWPh 1921/22, 14

- Bernal, John Desmond, Wissenschaft, Band 4: Die Gesellschaftswissenschaften, 1970
- Bernsdorf, Wilhelm (Hrsg.), Wörterbuch der Soziologie, 1972
- Bidney, David, Theoretical Anthropology, 3. Aufl. 1960
- Biermann, Gerd, Wie lange braucht das Kind die Mutter, Zeitwende 1972, 299
- Binder, Hans, Die uneheliche Mutterschaft. Ihre psychologischen, psychiatrischen, sozialen und rechtlichen Probleme, 1941
- Blandow, Jürgen, Rollendiskrepanzen in der Pflegefamilie, 1972
- Bleistein, Roman S.J., Rezension von: A. und W. Leibbrand, Formen d Eros, 1972, Stimmen der Zeit 1975, 64
- v. Blume, W., Die rechtliche Natur des Elternrechts aus § 1636, SeuffBl 72 (1907), 95
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, 1529
- Böckle, Franz, Das Naturrecht im Disput, 1968
- Boehmer, Gustav, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, 2. Band. 1. Abt., 1951
- Einführung in das bürgerliche Recht, 2. Aufl. 1965
- Bogen, Hans Joachim, Knaurs Buch der modernen Biologie, 1967
- Bosch, Friedrich Wilhelm, Probleme einer Reform des Unehelichenrechts FamRZ 1961, 457
- Die geplante Neuordnung der Rechtsstellung des unehelichen Kindes FamRZ 1963, 398
- Einführung in das neue "Nichtehelichenrecht", FamRZ 1969, 505
- Volljährigkeit - Ehemündigkeit - Elterliche Sorge, FamRZ 1973, 4
- Anm. zu AG Achern, FamRZ 1959, 378
- Anm. zu OLG Celle, FamRZ 1961, 33
- Anm. zu BVerwG, FamRZ 1972, 457
- Boschan, Rechtsformen oder Rechtsformalismus im nationalsozialistischen Familienrecht, Deutsche Rechtspflege 1938, 226
- Brauer-Schneider, Der Zivilrechtsfall in Prüfung und Praxis, 4. Aufl. 1967
- Briegleb, Horst, Eherechtsreform - zu Lasten der Kinder? ZBlJugR 1972, 33
- Brocher-v. Friedeburg, Lexikon der Sexualerziehung, 1972
- Bronfenbrenner, Urie, Wandel der amerikanischen Kindererziehung, in: v. Friedeburg (Hrsg.), Jugend in der modernen Gesellschaft, 1972, S. 361
- Brun, Gudrun, The child of divorce in Denmark, Bulletin of the Menninger Clinic 1964, 3

- Canaris, Claus-Wilhelm, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1964
Das Verlöbniß als "gesetzliches" Rechtsverhältnis -Ein Beitrag zur Lehre von der Vertrauenshaftung- ACP 165 (1965), 1
Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 1969
- Cermak, Ida, Muß-Ehen vor dem Scheidungsrichter, Praxis der Psychotherapie 8 (1973), 104
- Claessens, Dieter, Familie und Wertsystem. Eine Studie zur "zweiten, sozio-kulturellen Geburt" des Menschen, 3. Aufl. 1972
- Claessens-Menne, Zur Dynamik der bürgerlichen Familie, in: Claessens-Milhoffer, Familiensoziologie, 1973, 313
- Coing, Helmut, Die obersten Grundsätze des Rechts. Ein Versuch zur Neubegründung des Naturrechts, 1947
System, Geschichte und Interesse in der Privatrechtswissenschaft, JZ 1951, 481
Grundzüge der Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1969
Juristische Methodenlehre, 1972
- David, Jakob, Wandelbares Naturrecht, in: Naturrecht oder Rechtspositivismus, hrsg. von Maihofer, 1962, S. 480
- Dellian, Ed, Überlegungen zu § 1634 BGB, FamRZ 1969, 365
Elterliche Gewalt - ein Begriff und seine Funktion, RuG 1974, 74
- Dernburg, Heinrich, Pandekten, 1. Band: Allgemeiner Theil und dingliche Rechte, 1884
Deutsches Familienrecht, 1903
- Despert, J. Louise, Children of Divorce, 1962
- Dölle, Hans, Familienrecht, II. Band, 1965
- Dubischar, Roland, Grundbegriffe des Rechts. Eine Einführung in die Rechtstheorie, 1968
- Dührssen, Annemarie, Psychogene Erkrankungen bei Kindern und Jugendlichen, 7. Aufl. 1969
- Dunz, Walter, Zur Reform des Unehelichenrechts, NJW 1962, 1472
- Eherechtskommission beim Bundesministerium der Justiz, Vorschläge zur Reform des Verfahrensrechts in Ehesachen, zur Neuregelung des Rechts der Kinder geschiedener und getrennt lebender Eltern, zur Behandlung der Ehewohnung und des Hausrats, sowie zum ehe- und familiengerechten Steuerrecht, 1971
- Eherechtskommission der Evangelischen Kirche in Deutschland (Beschlüsse), FamRZ 1959, 491
- Eibl-Eibesfeldt, Irenäus, Liebe und Haß, Zur Naturgeschichte elementarer Verhaltensweisen, 1970

- Eichenberger, Rolf, Das neue Adoptionsrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, FamRZ 1975, 16
- Endemann, Friedrich, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, 2. (Familienrecht), 8./9. Aufl. 1908
- Engisch, Karl, Einführung in das juristische Denken, 5. Aufl. 1971
- Engler, Helmut, Die Vorschläge zur Änderung des Adoptionsrechts im Referentenentwurf eines Unehelichengesetzes, FamRZ 1966, 551
Zum Erfordernis der elterlichen Einwilligung in die Adoption, FamRZ 1969, 63
Nichtehelichengesetz und Adoptionsrecht, FamRZ 1970, 113
Auf dem Weg zu einem neuen Adoptionsrecht, 1972
Der Entwurf eines Gesetzes über die Annahme als Kind, FamRZ 1972, 125
- Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge, Gesetzentwurf der Bundesregierung, Bundesratsdrucksache 690/72
- Ermann, Walter, Handkommentar zum BGB, 6. Aufl. 1975
- Eschenburg, Theodor, Staat und Gesellschaft in Deutschland, 1965
- Esser, Josef, Einführung in die Grundbegriffe des Rechts und des Zivilrechts, 1949
Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 2. Aufl. 1964
Wertung, Konstruktion und Argument im Zivilurteil, 1965
Nachwort zu: Philipp Heck, Das Problem der Rechtsgewinnung, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1968, 212
Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970
Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht, AcP 172 (1972), 97
- Evan-von Krbek, Franziska, Das "natürliche" Elternrecht - Störfaktor oder Hilfsmittel für eine familiengerechte Rechtsfindung und Rechtspolitik, ZBlJugR 1976, 45
- Evers, Hans-Ulrich, Zum unkritischen Naturrechtsbewußtsein in der Rechtsprechung der Gegenwart, JZ 1961, 241
- Farber, Bernard, Affinität und Abstammung in industriellen Gesellschaften, in: Sonderheft Soziologie der Familie, Nr. 14 der KZfS, 1972, 94
- Fechner, Erich, Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1962
- Fehr, Hans, Der Geist der alemannischen Volksrechte, in: NfA (Hrsg. Schweizer Beiträge zur Allgemeinen Geschichte, Band 1, 1943, S. 1-100)
- Forsthoff, Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10. Aufl. 1973

- Fox, Robin, Ein Vergleich verschiedener Familienmodelle, in: Jungk-Mundt (Hrsg.), Modelle für eine neue Welt: Hat die Familie noch eine Zukunft, 1971, S. 11
- Friedmann, Wolfgang, Übergesetzliche Rechtsgrundsätze und die Lösung von Rechtsproblemen, in: Maihofer (Hrsg.), Naturrecht oder Rechtspositivismus, 1962, 405
- Fürstenau, Peter, Soziologie der Kindheit, 1967
- Gastager, Heimo und Susanne, Die Fassadenfamilie, 1973
- Gehlen, Arnold, Die Seele im technischen Zeitalter, 1957
- Geiger, W., Die Bewertung der Familie in der gesellschaftlichen Wirklichkeit und in der Verfassung, FamRZ 1973, 225
- Gerhardt, Rudolf, Sorge statt Gewalt, ZRP 1974, 19
- Gernhuber, Joachim, Elterliche Gewalt - heute, FamRZ 1962, 89
Lehrbuch des Familienrechts, 2. Aufl. 1971
Kindeswohl und Elternwille, FamRZ 1973, 229
- Gerson, Walter, Das Vaterproblem in der Erziehung, in: Bitter (Hrsg.), Zur Rettung des Menschlichen in unserer Zeit, 1961
- Giese, Hans, Über die menschliche Sexualität, Radius 1963, 13
- Giesen, Dieter, Entwicklungstendenzen im Kindschafts- und Unterhaltsrecht aus rechtsvergleichender Sicht, ZvgRW 1968, 1
Das Wohl des Kindes im Falle eines Elternkonfliktes zwischen Sorge- und Verkehrsberechtigtem, NJW 1972, 225
- v. Godin, Reinhard Frhr., Ehegesetz, 2. Aufl. 1950
- Goldstein-Freud-Solnit, Jenseits des Kindeswohls, 1974
- Goode, William J., Soziologie der Familie, 1967
- Göppinger, Horst, Eingriffe des Vormundschaftsgerichts in das Elternrecht (A. 6 GG), FamRZ 1959, 397
Betrachtungen zum Referentenentwurf eines Unehelichengesetzes, FamRZ 1966, 418
- Grandke, Anita, u.a., Familienrecht, Lehrbuch, 1972 (Berlin - Hauptstadt der DDR)
- Grasnick, Maria, Die elterliche Gewalt des Vaters eines ue. Kindes, NJW 1966, 1196
Der Verkehr des Vaters mit seinem unehelichen Kinde - Zu der Regelung im Referentenentwurf für ein Unehelichengesetz, NJW 1966, 1298
- Greiffenhagen, Martin, Fortschritt gegen konservative Skepsis, Evangelische Kommentare 1975, 210
- Groth, Sepp, Kinder ohne Familie. Das Schicksal des unehelichen Kindes in unserer Gesellschaft, 1961

- Guthrie, William K., Die griechischen Philosophen von Thales bis Aristoteles, Göttingen o.J.
- Gutachtliche Äußerungen, Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, gefertigt im Reichs-Justizamt, Band 4: Familienrecht, 1890
- Haensch, Dietrich, Repressive Familienpolitik, 1969
- Haffter, Carl, Kinder aus geschiedenen Ehen, 2. Aufl. 1960
- Hagemann, Karl, Personenfürsorge und Unterhalt minderjähriger Kinder bei Trennung der Eltern während bestehender Ehe, ZBlFG 1922, 407
- Hagen, Johann J., Technologie und Recht, ZRP 1974, 286
- Hanisch, Hans, Zur Reform des Rechts des Kindes, FamRZ 1975, 6
- Hansmann, Klaus, Der Elternbegriff des Art. 6 Abs. 2 des Grundgesetzes, FamRZ 1962, 452
- Hardegger, Joseph Anton, Handbuch der Elternbildung, Bände I und II, 1966
- Hargasser, Franz, Vaterschaft und Familie in anthropologisch-pädagogischer Sicht, 1967
- Has, Franziska, Das Verhältnis der unehelichen Eltern zu ihrem Kind, 1962
- Hassenstein, Bernhard, Verhaltensbiologie des Kindes, 1973
- Wesensverschiedene Formen menschlicher Aggressivität in der Sicht der Verhaltensforschung, Universitas 1973, 287
- Verhaltensbiologische Grundlagen zum Problem der Adoption, ZVW 1974, 14
- Heck, Philipp, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932
- Heiber, Helmut, Joseph Goebbels, 1962
- Heinen, Wilhelm, Werden und Reifen des Menschen in Ehe und Familie, 1965
- Henkel, Heinrich, Einführung in die Rechtsphilosophie, 1964
- Henrich, Dieter, Familienrecht, 1970
- Hollenbach, Johannes Mich., Die Rechtsgrundlagen der Vaterautorität, Stimmen der Zeit 1958/59, 453
- Horkheimer, Max, Autorität und Familie in der Gegenwart, in: Claessens, Milhoffer, Familiensoziologie, 1973, S. 79
- Hörmann, Karl, Lexikon der christlichen Moral, 1969
- Horstmann, Martin, Zum Problem der personenrechtlichen Beziehungen außerehelichen Eltern-Kind-Verhältnis, 1967
- Huften, Olwyn H., Das Leben der untersten Schichten, in: Cobban, Alfred, Das achtzehnte Jahrhundert, 1971, S. 279

- Jaspers, Karl, Philosophie, 2. Aufl. 1948
- Junghanns, Rudolf, Die Befugnis zum persönlichen Verkehr mit dem eigenen Kinde, SächsArch 1912, 485
- Juritsch, Martin, Der Vater in Familie und Welt, 1966
- Kalevala, Das finnische Nationalepos, übersetzt von A. Schiefner, bearb. durch M. Buber, 1921
- Karlowa, Otto, Römische Rechtsgeschichte, 2. Band, 1901
- Katzenstein-Schönfeldt, Bettina, Das Kind als Streitobjekt, Diagnostica 1962, 31
- Kaufmann, Arthur, Naturrecht und Geschichtlichkeit, in: Kaufmann, Rechtsphilosophie im Wandel, 1972, S. 1
- Keil, Siegfried, Spätere Korrekturmöglichkeiten bei der Entwicklung von Wertbewußtsein und Rollenvorstellungen in der Familie, WPKG 1974, 47
- Kilian, Hans, Das Grundmodell der Verhaltensforschung, in: Club Voltaire, Band II, Jahrbuch für kritische Aufklärung, hrsg. von Szczesny, 1965, S. 167
- Klang-Gschnitzer, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band, 2. Halbband, 2. Aufl. 1957
- Knöpfel, Gottfried, Anregungen aus dem skandinavischen Recht für die deutsche Unehelichenrechts-Reform, FamRZ 1966, 408
- Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, II. Band: Das Familienrecht, 2. Aufl., Zürich 1933
- König, René (Hrsg.), Das Fischer Lexikon "Soziologie", 1967
- Soziologie der Familie, in: Gehlen-Schelsky, Soziologie, 1968, S. 121
- Handbuch der empirischen Sozialforschung, Band II, 1969
- Materialien zur Soziologie der Familie, 2. Aufl. 1974
- Kralik, Winfried, Die Neuordnung der Rechtsstellung des unehelichen Kindes, JurBl 1971, 273
- Krings-Baumgartner-Wild, Handbuch philosophischer Grundbegriffe, 1973
- Krüger-Breetzke-Nowack, Kommentar zum Gleichberechtigungsgesetz, 1958
- Kühler, Friedrich Karl, Der deutsche Richter und das demokratische Gesetz, ACP 162 (1963), 104
- Kuntze, Joachim, Anmerkungen zum neuen Sorgerechtsentwurf, JR 1973, 273
- Kushner, Sylvia, The divorced, noncustodial parent and family treatment, Social Work 1965, 52
- Landsberg, J.F., Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, DRiZ 1915, 403

- Lange, Hermann, Ein Reformvorschlag zum Unehelichenrecht, JZ 1966,
Lange, Ulrich, Das Elternrecht und das Wohl des fremdversorgten Kin
RdJB 1971, 267
- Lang-Hinrichsen, Dietrich, Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der
"Fristenlösung" beim Schwangerschaftsabbruch, FamRZ 1974, 497
- Larenz, Karl, Zur Beurteilung des Naturrechts, in: Maihofer (Hrsg.),
Naturrecht oder Rechtspositivismus, 1962, S. 27
- Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 1969
- Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1975 (soweit nicht
anderes angegeben ist, wird nach der 3. Aufl. zitiert)
- Leclercq-David, Die Familie, 1955
- Lehmann-Henrich, Deutsches Familienrecht, 4. Aufl. 1967
- Lehr, Ursula, Die Rolle der Mutter für die Entwicklung des Kindes -
überbewertet oder unterbewertet? ZBlJugR 1975, 413
- Lemp, Reinhart, Das Wohl des Kindes in §§ 1666 und 1671 BGB, NJW 1971,
1659
- Noch einmal: Kindeswohl und Kindeswille, NJW 1964, 440
- Die Rechtsstellung des Kindes aus geschiedener Ehe aus kinder-
und jugendpsychiatrischer Sicht, NJW 1972, 315
- Kindeswohl und Kindesrecht, ZBlJugR 1974, 124
- Lindacher, Walter F., Elterliches Verkehrsrecht und Adoption,
RdJB 1964, 42
- Lohmann, R., Das Recht des geschiedenen, nicht fürsorgeberechtigten
Ehegatten zum Verkehr mit seinen Kindern und seine Durchführung
(§ 1636 BGB), GruchBeitr 61, 22
- Lücken, Kurt, Sachverständigenaufgaben im Familien- und Jugendwohl-
fahrtsrecht, in: Jahrbuch für Jugendpsychiatrie und ihre Grenzge-
biete, Band 3, 1962, S. 174
- Lüderitz, Alexander, Adoption, Vorschläge zur Auslegung und Änderung
des Rechts der Annahme an Kindes Statt, 1972
- Lüderitz-Lenzen, Übertragung der elterlichen Gewalt an beide Eltern-
teile nach Scheidung? FamRZ 1971, 625
- Luther, Gerhard, Die Rechtsstellung der Kinder aus geschiedenen Ehen
im Hinblick auf die Reform des Ehescheidungsrechts, RdJB 1972, 10
- Maihofer, Werner, Recht und Sein, Prolegomena zu einer Rechtsontologie,
1954
- Ideologie und Naturrecht, in: Maihofer (Hrsg.), Ideologie und Recht,
1969, S. 120
- v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl. 1957

- Marcuse, Herbert, Der eindimensionale Mensch, 1967
- Marx-Engels, Manifest der Kommunistischen Partei, 1848 (Reclam-Ausgabe, Stuttgart 1968)
- Maunz-Dürig-Herzog, Grundgesetz, 3. Aufl. 1971
- Maurer, Wilhelm, Elternrecht, in: Evangelisches Staatslexikon, hrsg. von Kunst und Grundmann, 1966
- Mayntz, Renate, Die moderne Familie, 1955
- Metzger, Wolfgang, Der Auftrag des Elternhauses, in: Oeter (Hrsg.), Familie im Umbruch, 1960, S. 156
- Gedanken zum Adoptionsrecht, ZBLJugR 1972, 37
- Michel, Ernst, Ehe. Eine Anthropologie der Geschlechtsgemeinschaft, 2. Aufl. 1948
- Das Vaterproblem heute in soziologischer Sicht. Seine Bedeutung für die Tiefenpsychologie, in: Bitter (Hrsg.), Vorträge über das Vaterproblem, 1954
- Mikat, Paul, Rechtsgeschichtliche und rechtspolitische Erwägungen zum Zerrüttungsprinzip, FamRZ 1962, 273; 1963, 65
- Ministerium der Justiz (Hrsg.), Das Familienrecht der DDR, Kommentar zum Familiengesetzbuch der DDR vom 20.12.1965, Berlin - Hauptstadt der DDR 1973
- Mitteis-Lieberich, Deutsche Rechtsgeschichte, 14. Aufl. 1976
- Mnookin, Robert H., Was stimmt nicht mit der Formel "Kindeswohl"? FamRZ 1975, 1
- Mohr, Hans, Naturgesetze und gesellschaftliche Normen, Zeitwende 1974, 82
- Mohr-Scheuch, Anne, Ehescheidung und moderner Familienzyklus, StAZ 1970, 61
- Morel, Julius, Wandel im Wertsystem, in: Hanf, Hättich u.a., Sozialer Wandel 1, Funkkolleg, 1975, 203
- Mösbauer, Heinz, Steuergesetzgebung und Investition, BB 1976, 193
- Moser, Tilman, Jugendkriminalität und Gesellschaftsstruktur, 1972
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band IV: Familienrecht, Amtliche Ausgabe, 1888
- Müller, Gebhard, Naturrecht und Grundgesetz, Zur Rechtsprechung der Gerichte, besonders des Bundesverfassungsgerichts, 1967
- Müller-Freienfels, Wolfram, Ehe und Recht, 1962
- Neidhardt, Friedhelm, Strukturbedingungen und Probleme familialer Sozialisation, in: Claessens-Milchoffer, Familiensoziologie, 1973, S. 205
- v. Nell-Breuning S.J., Oswald, Ehe und Familie, in: Vorträge, gehalten anlässlich der Hessischen Hochschulwoche für staatswissenschaftliche Fortbildung, 1954, S. 253

- Neuhaus, Paul Heinrich, Drei Thesen zur Reform des Unehelichenrechts
FamRZ 1963, 326
- Nietzsche, Friedrich, Götzen-Dämmerung, in: Friedrich Nietzsche, Werke
in 3 Bänden, hrsg. von Karl Schlechta, Band 2, 1963, S. 939.
- Nipperdey, Hans Karl, Die Würde des Menschen, in: Neumann-Nipperdey-
Scheuner, Die Grundrechte, Band II, 1954, S. 1
- Nowka, Werner, Kindesgefährdung durch das "Verkehrsrecht" gemäß
§ 1634 BGB n.F., FamRZ 1960, 218
- Odersky, Felix, Nichteelichen-Gesetz, Handkommentar, 3. Aufl. 1973
- Oehlert, Hans-Günter, Der Geburtenrückgang in der Bundesrepublik,
StAZ 1974, 193
- Oertmann, Paul, Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft, 1973
- Opp, Karl-Dieter, Soziologie im Recht, 1973
- Palandt, Otto, Kommentar zum BGB, 31. Aufl. 1972
Kommentar zum BGB, 36. Aufl. 1977
- Pechstein, Johannes, Frühadoption und "soziale" Elternschaft, in: Bi-
mann (Hrsg.), Jahrbuch der Psychohygiene, Band 2, 1974, S. 206
- Peters, Hans, Elternrecht, Erziehung, Bildung und Schule, in: Betten-
mann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Band IV, 1. Halbband,
1960, S. 369
- Pfeil, Elisabeth, Die 23jährigen. Eine Generationsuntersuchung am Ge-
burtenjahrgang 1941, 1968
Die Großstadtfamilie, in: Claessens-Milhoffer, Familiensoziologie
1973, S. 144
- Planck, Ulrich, Die Landfamilie in der Bundesrepublik Deutschland,
in: Claessens-Milhoffer, Familiensoziologie, 1973, S. 169
- Portmann, Adolf, Biologische Fragmente zu einer Lehre vom Menschen,
1951
- Posener, Paul, Rechtslexikon. Handwörterbuch der Rechts- und Staats-
wissenschaften, I. Band, 1909
- Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des
Bürgerlichen Gesetzbuchs. Im Auftrag des Reichs-Justizamts bear-
beitet von Achilles, Gebhard, Spahn, Band 4: Familienrecht, Band
Erbrecht, 1897-1899
- Quambusch, Erwin, Die Persönlichkeit des Kindes als Grenze der elter-
lichen Gewalt, Dissertation Freiburg i. Br. 1973
Überlegungen zu einer Neuregelung der elterlichen Gewalt, RdJB
1973, 205
Das "Pflichtrecht" - Anatomie einer Fehldeutung, RdJB 1974, 108

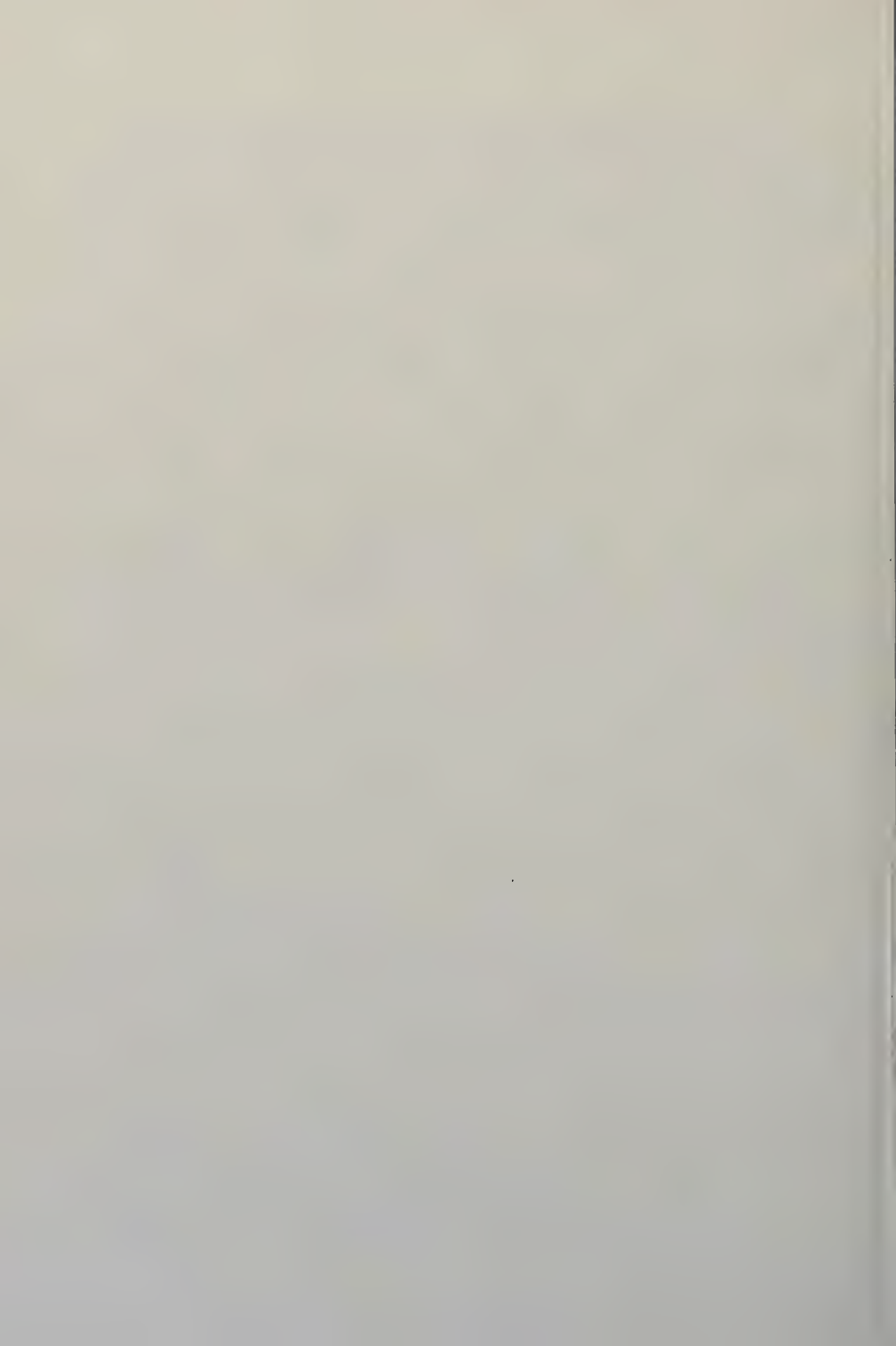
- Radbruch, Gustav, Die Natur der Sache als juristische Denkform, in:
Festschrift für Rudolf Laun, 1947, S. 157
Der Geist des englischen Rechts, 1956
- Reichsgerichtsräte-Kommentar, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, hrsg. von Reichsgerichtsräten, IV. Band: Familienrecht, 8. Aufl 1935
Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, hrsg. von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, IV. Band: Familienrecht, 2. Teil, 10./11. Aufl. 1963
- Remplein, Heinz, Die seelische Entwicklung des Menschen im Kindes- und Jugendalter, 13. Aufl. 1965
- Reuter, Dieter, Kindesgrundrechte und elterliche Gewalt, 1968
- Reuther, Rudolf, Verkehrsrecht für den unehelichen Vater, FamRZ 1967, 258
- Richert, Ernst, Das zweite Deutschland, 1967
- Richter, Horst-Eberhard, Eltern, Kind und Neurose, 1969
- Riesman, David, Die einsame Masse, Eine Untersuchung der Wandlungen des amerikanischen Charakters, 1962
- Rommen, Heinrich, Die ewige Wiederkehr des Naturrechts, 2. Aufl. 1947
- Rosenbaum, Heidi (Hrsg.), Familie und Gesellschaftsstruktur, 1974
- Rümelin, Max von, Zur Lehre von der juristischen Konstruktion, ARWPh 16 (1922/23), 343
- Rüpke, Giseler, Persönlichkeitsrecht und Schwangerschaftsunterbrechung, ZRP 1974, 73
- Rust, Holger, Wissenschaftstheorie und Praxis, Zur Funktion soziologischer Theorienbildung, ARSPH 1974, 1
- Ryffel, Hans, Das Problem des Naturrechts heute, in: Maihofer (Hrsg.), Naturrecht oder Rechtspositivismus, 1962, S. 494
- Saller, Karl, Biologie der Familie, in: Oeter (Hrsg.), Familie im Umbruch, 1960, S. 81
- Scheffler, Erna, Ehe und Familie, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Band IV, 1. Halbband, 1960, S. 245
- Schelsky, Helmut, Soziologie der Sexualität, 1955
Die skeptische Generation. Eine Soziologie der deutschen Jugend, 1963
Wandlungen der deutschen Familie in der Gegenwart, 5. Aufl. 1967
- Schmalohr, Emil, Frühe Mutterentbehrung bei Mensch und Tier, 1968
- Schmidt, R., Rezension von: Wolf-Naujoks, Anfang und Ende der Rechtsfähigkeit des Menschen, ACP 155 (1956), 73

- Schneider, Peter, Naturrechtliche Strömungen in der deutschen Rechtsprechung, ARSPh 1956, 98
- Schnitzlerling, Manfred, Das Recht auf Verkehr mit dem Kinde, FamRZ 1958, 444
- Scholl, Robert, Das Gewissen des Kindes und seine Entwicklung in normalen und unvollständigen Familien, 1956
- Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, 18. Aufl. 1976
- Schreiber, Gisela, Entwicklungs- und Erziehungsprobleme von Kindern aus geschiedenen Ehen, Praxis der Kinderpsychologie und Kinderpsychiatrie, 1954, S. 53
- Schücking, Levin L., Das Zusammenfließen der aristokratischen mit der bürgerlichen Kultur, in: Claessens-Milhoffer, Familiensoziologie 1973, S. 38
- Schulz, Walter, Wo Planung aufhört und Freiheit beginnt, Evangelische Kommentare 1975, 8
- Schwoerer, Julius, Die Sorgerechtszuteilung bei Scheidung aus altem oder überwiegendem Verschulden eines Elternteiles, AcP 151 (1950/51), 122
- Die elterliche Gewalt nach Scheidung der Ehe und bei Getrenntleben der Eltern (§§ 1671, 1672 BGB n.F.), FamRZ 1958, 433
- Kindeswohl und Kindeswille, NJW 1964, 5
- Verkehrsregelung durch den sorgeberechtigten Elternteil? FamRZ 1965, 121
- Zur Bedeutung des in Art. 6 GG den Eltern garantierten Grundrechts für Entscheidungen aus den §§ 1634, 1671, 1672, 1696 BGB, FamRZ 1969, 367
- Simitis, Spiros, Personen- und personenstandsrechtliche Grundfragen des neuen Nichtehelichenrechts, StAZ 1970, 255
- Die Bedeutung von System und Dogmatik - dargestellt an rechtsgeschäftlichen Problemen des Massenverkehrs, AcP 172 (1972), 131
- Das "Kindeswohl" - neu betrachtet, in: Goldstein-Freud-Solnit, Jenseits des Kindeswohls, 1974, S. 95
- Simon, Hans-Peter, Das Verkehrsrecht - ein natürliches Elternrecht? FamRZ 1972, 485
- Der Name des Kindes als Zeichen gestörter Familienverhältnisse, StAZ 1974, 197
- Ungangsrecht, Adoption, Elternrecht: Zur Reform des § 1634 BGB, ZBlJugR 1974, 413
- Zur Abzugsfähigkeit von Prozeßzinsen bei der Körperschaftsteuer, BB 1976, 598
- Die Wahl der Unternehmensform nach der Reform der Körperschaftsteuer, NJW 1978, 682

- Soergel-Siebert, BGB, Band V: Familienrecht, 10. Aufl. 1971
- Spaemann, Robert, Am Ende der Debatte um § 218 StGB, ZRP 1974, 49
Haben Ungeborene ein Recht auf Leben, ZRP 1974, 114
- Sperling, Eckhard, Die familientherapeutischen Psychotherapieansätze -
Bedeutungen, Hoffnungen und Probleme, Praxis der Psychotherapie
1973, 82
- v. Stackelberg, Karl Georg, Ehe und Familie. Probleme in den deutschen
Familien der Gegenwart, 1956
- Staudinger, Julius von, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band IV,
Teil 2, 9. Aufl. 1926
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band IV, Teil 3a, 10./11.
Aufl. 1966; Band IV, Teil 3b, 10./11. Aufl. 1969 (es wird nach der
10./11. Auflage zitiert, soweit nicht ausdrücklich auf die 9. Auf-
lage Bezug genommen wird)
- Stellungnahme des Katholischen Episkopats zu dem Entwurf eines Fami-
liengesetzbuches der Deutschen Demokratischen Republik, FamRZ 1954,
231
- Stephan, G., Die häusliche Erziehung in Deutschland im 18. Jahrhundert,
1891
- Stöcker, Hans A., Verhandlungen des 49. DJT, Band II, 1972, K 63 (Dis-
kussionsbeitrag)
- Stoll, Heinrich, Begriff und Konstruktion in der Lehre von der Inter-
essenjurisprudenz, in: Festgabe für Philipp Heck, Max Rümelin,
Arthur Schmidt, hrsg. von Heinrich Stoll, Beilageheft zu ACP 133
(1931), S. 60
- Strunk, Peter, Urvertrauen - Die frühe Mutter-Kind-Beziehung, Zeitwende
1974, 289
- Süsterhenn, Adolf, Das Naturrecht, in: Maihofer (Hrsg.), Naturrecht
oder Rechtspositivismus, 1962, S. 11
- Szemkus, Karol, in: Die moderne Gesellschaft, 1972 (Stichwort: Jugend)
- Taegert, Ilse, Die Mitwirkung des Psychologen im Ehescheidungsverfah-
ren bei der Verteilung der elterlichen Gewalt und der sogenannten
Verkehrsregelung, in: Blau-Müller-Luckmann (Hrsg.), Gerichtliche
Psychologie, 1962
- Tammelo, Ilmar, Naturrecht als begründetes Recht. Besinnungen zu Al-
fred Verdross' non-kognitivistischer "Kehre", Wissenschaft und
Weltbild 1974, 219
- Teubner, Gunther, Standards und Direktiven in Generalklauseln, 1971
- Tipke, Klaus, Steuerrecht - Chaos, Konglomerat oder System, StuW 1971,
2
Steuerrecht, Lehrbuch, 1973

- Tomberg, Friedrich, Bürgerliche Wissenschaft, 1973
- Topitsch, Ernst, Vom Ursprung und Ende der Metaphysik. Eine Studie Weltanschauungskritik, 1958
- Tramer, Moritz, Kinderpsychiater und Ehescheidungskind, Zeitschrift für Kinderpsychiatrie 1955, 75
- Triepel, Heinrich, Staatsrecht und Politik, Rektoratsrede, 1927
- Trillhaas, Wolfgang, Ethik, 2. Aufl. 1965
- van Ussel, Jos, Die Kleinfamilie, in: Claessens-Milhoffer, Familiensoziologie, 1973, S. 35
- Vente, Rolf E., Technologische Entwicklungen in ihren sozialen Auswirkungen, in: Hanf, Hättich u.a., Sozialer Wandel 1, Funkkolleg, 1975, S. 152
- Viehweg, Theodor, Topik und Jurisprudenz, 5. Aufl. 1974
- Vorgriener-Gucht-Domenach, Bilanz der Theologie im 20. Jahrhundert, 1969
- Weber, Alfons, Die Bedeutung des Vaters für die Entwicklung des Kindes Ehe 1974, 57
- Weber, Peter, Die Anwesenheit des neuen Ehegatten oder "Lebensgefährten" eines Elternteils bei Ausübung des Besuchsrechts nach § 1634 BGB, FamRZ 1973, 285
- Weber-Kellermann, Ingeborg, Die deutsche Familie, Versuch einer Sozialgeschichte, 2. Aufl. 1975
- Webler, Heinrich, Uneheliche Kinder in der Obhut ihrer Väter, ZBlJ 1969, 177
- Weidemann, Ortfried, Soziale Wirkkraft des Nichteheleichenrechts, ZBlJugR 1972, 361
- Weinkauff, Hermann, Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, NJW 1960, 1689
- Naturrecht und Rechtsprechung, in: Bericht über die Tagung der Deutschen Sektion der Internationalen Juristenkommission am 2. und 3.12.1961 in Würzburg, 1961
- Welzel, Hans, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Aufl. 1967
- Wahrheit und Grenze des Naturrechts, Rektoratsrede, 1963
- Westermann, Harm-Peter, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, 1970
- Wickler, Wolfgang, Antworten der Verhaltensforschung, 1974
- Wiethölter, Rudolf, Rechtswissenschaft, 1968

- Wöhe, Günter, Bilanzierung und Bilanzpolitik, 3. Aufl. 1973
- Wolf-Lüke-Hax, Scheidung und Scheidungsrecht, 1959
- Wuppermann, Michael, Elterliche Sorge im Spannungsfeld zwischen Kind, Eltern und Staat, RuG 1974, 70
- Würtenberger, Thomas, Das Naturrecht und die Philosophie der Gegenwart, in: Maihofer (Hrsg.), Naturrecht oder Rechtspositivismus, 1962, S. 429
- Wydler, Walter, Der nichteheliche Vater, Ehe 1974, 66
- Zemen, Herbert, Die Neuordnung der Rechtsstellung des u.e. Kindes in Österreich, FamRZ 1973, 558
- Zenz, Gisela, Stichwort: Familienrecht, in: Görnitz (Hrsg.), Handlexikon zur Rechtswissenschaft, 1972, S. 96
- Elterliche Sorge und Kindesrechte, StAZ 1973, 264
- Zur Reform der Elterlichen Gewalt, AcP 173 (1973), 527
- Kindeswohl und Elternrechte nach der Scheidung, in: Simitis-Zenz (Hrsg.), Seminar: Familie und Familienrecht, Band 2, 1975, S. 166
- Zippelius, Reinhold, Einführung in die juristische Methodenlehre, 1971
- Zuber, Herbert, Gestörte Ehen, 1967



Lebenslauf des Verfassers

Am 19.11.1941 wurde ich in Frankfurt (M) geboren. Nach dem Besuch der Volksschule und der Realschule begann ich am 1.4.1959 eine Banklehre, die ich am 30.9.1962 abschloß. Ein weiteres halbes Jahr war ich als Bankangestellter tätig. Danach trat ich in das Hessenkolleg Frankfurt (M) ein, um die Hochschulreife nachzuholen. Am 1.10.1964 begann ich das rechtswissenschaftliche Studium an der Universität Bern und setzte es an den Universitäten in Frankfurt (M) und Freiburg i.Br. fort. Nach bestandener Erster juristischer Staatsprüfung am 21.6.1969 in Freiburg i.Br. und einer halbjährigen Tätigkeit als Bankangestellter leistete ich den Referendardienst im Bereich des Oberlandesgerichts Karlsruhe ab. Am 22.12.1972 bestand ich die Zweite juristische Staatsprüfung in Stuttgart. Anschließend fertigte ich mit einem zweijährigen GFG-Stipendium die vorliegende Dissertation an. Am 24.2.1975 trat ich als Beamter in die Finanzverwaltung von Baden-Württemberg ein. Im Anschluß an die Assessorenausbildung war ich ein halbes Jahr auf dem Finanzministerium Baden-Württemberg tätig. Seit 1.9.1977 unterrichte ich hauptamtlich an der Landesfinanzschule Baden-Württemberg in Ludwigsburg.

Seit 1969 bin ich verheiratet.

